

GIOVANNI ROTONDI

OSSERVAZIONI

SULLA

Legislazione comiziale romana di diritto privato

ESTRATTO
dal periodico « **Il Filangieri** », *nn. 9-10. 1910*





SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

Milano - Via Ausonio, [redacted] - Gall. De Cristoforis, 54-55

GIOVANNI ROTONDI

OSSERVAZIONI

SULLA

Legislazione comiziale romana di diritto privato

ESTRATTO

dal periodico « **Il Filangieri** », *nn. 9-10, 1910*





SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

Milano - Via Ausonio, 22 - Gall. De Cristoforis, 54-55

1. — La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato rappresenta nel pensiero odierno una recisa antitesi concettuale tra lo Stato e l'individuo, tra le norme che reggono gli organi e le funzioni della cosa pubblica e quelle che regolano la libera esplicazione dell'attività individuale. Il diverso svolgimento che ebbero presso di noi, per un complesso di vicende storiche, questi due rami del diritto, le tradizioni diverse ed antagonistiche che si rispecchiano nell'uno e nell'altro dànno per noi a quest'antitesi un carattere anche più radicale: è da un lato la tradizione romana, elaborata e profondamente trasformata nei secoli intermedi, ma sempre viva negli istituti fondamentali del diritto privato, in cui la dottrina romanistica è signora del campo: dall'altro l'importazione e l'adattamento di istituti stranieri, segnatamente inglesi nel campo del diritto costituzionale e francesi nel campo burocratico ed amministrativo, pervasi gli uni e gli altri da concetti germanici che male a proposito, e imperfettamente, si vogliono talora rivestire di formulazioni romane. L'antitesi non potrebbe essere per noi più profonda e, anche esteriormente, più palese: ma del resto anche presso gli altri popoli moderni la cui evoluzione storica e politica fu più della nostra spontanea e naturale, l'antitesi rimane come una distinzione fondamentale di concetto.

Diversamente per il diritto romano: fu infatti rilevato (1) che in esso la distinzione tra *jus publicum* e *jus privatum*, considerata nella sua genesi, non è se non estrinseca: non è l'espressione di un'antitesi immanente, ma il portato storico di una progressiva evoluzione. Essa non rispecchia in origine se non la struttura di quell'organizzazione politica primitiva a gruppi concentrici e sovrapposti (*familia — gens — tribus — civitas*) la quale, se è un fenomeno comune a molte civiltà, ebbe in Roma la sorte singolare — e per la scienza odierna feconda di inapprezzabili vantaggi — di essersi conservata, almeno in parte, intatta per tutto il corso di una evoluzione più che millennaria. Il progredire e l'affermarsi della *civitas* è tutto a danno degli organismi politici inferiori, e l'opera di disgregazione è tanto più rapida e radicale quanto più quei gruppi si trovano con essa in contatto im-

(1) Cfr. BONFANTE, *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, in *Riv. it. di sociologia*, 1902, pagg. 1-17, e *Diritto romano*, pag. 136.

mediato: delle prische tribù romulee l'età storica non conserva che una vaga tradizione: la *gens*, esaurita politicamente nella sua funzione come nella sua unità, non è, salvo scarsi spunti, altro che una sopravvivenza, ma la *familia* perdura nella sua salda costituzione attraverso tutto lo svolgimento del diritto di Roma; solo nell'ultima epoca l'influsso di tendenze eterogenee arriva a minarne le basi, ma — almeno formalmente — l'antico edificio sopravvive ancora nel sistema giustinianeo.

Appunto il dualismo tra la *civitas* e la *familia* si rispecchia nell'antitesi tra *jus publicum* e *jus privatum*, il diritto dello Stato e il diritto della famiglia: soggetto dell'uno è il cittadino, dell'altro il *paterfamilias*: oggetto del primo è l'ordinamento, l'esplicazione, il trapasso della potestà pubblica; del secondo l'acquisto e la perdita, l'attuazione, la trasmissione della sovranità famigliare.

E questa corrispondenza originaria si rispecchia a sua volta in una serie di parallelismi: molti fra i principali e caratteristici istituti del diritto pubblico hanno nel diritto privato un loro corrispondente da cui spesso ricevono lume ed integrazione.

Ma, in seguito, la lenta ma progressiva invadenza della *civitas* nel campo della sovranità famigliare, e il ridursi graduale della *familia* a quegli scopi etici a cui noi moderni siamo soliti restringerne il concetto, generò anche per i Romani un'antitesi sostanziale tra i due termini, *jus publicum* e *jus privatum* i quali, pur non smarrendo le tracce del parallelismo d'origine, cominciarono ad essere considerati come intrinsecamente diversi (1).

Un elemento il quale rappresenta per un lato un fattore, per l'altro un indice di quella scissione, è la diversità — nell'epoca storica — delle fonti, ossia degli organi d'evoluzione dell'uno e dell'altro ramo del diritto. Se infatti si prescinde da quegli istituti fondamentali in cui appunto si rispecchia il parallelismo d'origine dianzi accennato, e che trovano la loro fonte comune in vetuste norme pre-statuali, in cui, nel concetto come nella terminologia, l'elemento etico-religioso e il giuridico sono ancora compenetrati e indistinti, e si limita l'esame a quella larga e complessa evoluzione che gli istituti del diritto pubblico e privato subirono nel loro sviluppo storico, non si può a meno di rilevare che essa avvenne in due modi radicalmente diversi.

Lo svolgimento del diritto pubblico ha per sua fonte principale e normale la legge comiziale. Ciò non è naturalmente da intendersi in modo assoluto: sarebbe oltremodo pericoloso, e fonte di gravissimi equivoci, applicare nel campo del diritto pubblico romano i rigorosi criteri odierni della divisione dei poteri e della sovranità popolare. Una precisa determinazione delle materie di competenza legislativa non vi fu mai a Roma, e spesse volte furono le circostanze di fatto che determinarono nel caso concreto l'intervento piut-

---

(1) Cfr. Orazio (*Ad Pisones*, v. 396-397) che sembra considerare questa diversificazione come una delle prime e fondamentali conquiste della civiltà, parallela alla separazione del campo religioso da quello giuridico: ... *fuit haec sapientia quondam — publica privatis secernere, sacra profanis.*

tosto dell'uno che dell'altro dei tre organi che costituiscono la compagine costituzionale della repubblica: magistrato — senato — comizi: ma, come canone generale, è lecito affermare che non una riforma essenziale fu introdotta nel campo del diritto pubblico senza che — oltre il concorso preventivo o successivo del senato — si avesse anche la cooperazione concorde del magistrato e del popolo, ossia la legge comiziale. Così — senza bisogno di scendere all'esemplificazione concreta — per l'istituzione di nuove magistrature o la modificazione di competenza delle già esistenti; per l'ammissione alle cariche, ai sacerdozi, al senato; per il conferimento della cittadinanza, o il regolamento del diritto di voto; per le modalità del procedimento legislativo o elettorale; per l'organizzazione della giustizia penale; per la disposizione del patrimonio pubblico; per i più gravi provvedimenti fiscali o di polizia, e così via. È tutta una copiosissima serie di leggi comiziali che rappresentano gli stadii progressivi di sviluppo della costituzione romana.

Il diritto privato presenta il fenomeno opposto: qui l'intervento della legislazione è assolutamente sporadico. Un esame generale di questo fatto, che non è sfuggito agli studiosi (1), può riuscire a mio avviso doppiamente interessante; sia come contributo alla teoria delle fonti del diritto privato, sia come mezzo ad una migliore comprensione della natura e della portata dell'attività legislativa delle assemblee comiziali.

Lo scarso numero delle *leges* relative al diritto privato si rileva a prima vista con un semplice sguardo a un elenco delle leggi romane a noi pervenute (2): di quasi ottocento rogazioni legislative, dall'inizio della repubblica a tutto il primo secolo dell'impero, di cui direttamente o indirettamente le fonti ci dànno notizia, non arrivano alla trentina quelle che meritano di essere classificate nel campo del diritto privato. Giova qui darne l'elenco, per delimitare fin d'ora il campo dell'indagine ed eliminare gli elementi eterogenei.

In ordine, per quanto è possibile, cronologico, e lasciando per ora ogni suddistinzione quanto al contenuto, sono:

leges XII Tabularum, 303-304/451-450;

lex Canuleia de connubio patrum et plebis, 309/445;

l. Aquilia de damno, 468/286?;

l. Cincia de donis et muneribus, 550/204;

l. Plaetoria de circumscriptione adolescentium, 561-562/193-192;

---

(1) Bonfante, *loc. cit.*, pag. 12; *Storia del dir. rom.*, 1.ª ed., pag. 135; Pacchioni, *Corso di dir. rom.*, I, pag. 119.

(2) Cfr. specialmente Baiter, *Index legum etc.*, nell' *Onomasticon Tullianum* annesso all'edizione di Zurigo delle opere di Cicerone curata da Orelli e Baiter; Rein, in *Pauly's Realencyclopädie*, v. *lex*; Lange, *Röm. Altertümer* (spec. vol. II) e in particolare Gaddi, *Cronologia delle leggi comiziali romane* nel II vol. delle *Fonti* del Cogliolo, e Cuq, in Daremberg e Saglio, *Dictionnaire d'antiquités*, v. *lex*. — Un nuovo e — credo — più completo elenco cronologico a cui attendo da tempo vedrà presto la luce.

l. Furia testamentaria, 550-585/204-169;
l. Voconia de mulierum hereditatibus, 585/169;
l. Atilia de tutore dando, ante 568/186;
l. Maenia de dote? ante 592/162?;
l. Atinia de usucapione, ante 605/149;
l. Falcidia de legatis, 714/40;
l. Iulia 736/18 *et Papia Poppaea de maritandis ordinibus*, 762/9;
l. Fufia Caninia de manumissionibus, 752/2;
l. Aelia Sentia de manumissionibus, 757/4;
l. Iunia (Norbana) de manumissionibus, 772/19?;
l. (*Asinia Antistia?* o *Claudia?*) *de flaminica diali*, 777/24;
l. Iunia Vellaea testamentaria, circa 781/28;
l. Claudia de aere alieno filiorumfamiliarum, 800/47;
l. Claudiae de tutela, 797-802/44-49;
lex (?) *Cocceia de nuptiis*, 849/96;

e, di data incerta:

lex Titia e *lex Iulia de tutela*;
l. Scribonia de usucapione servitutum;
l. Licinia de actione communi dividundo;
l. Glitia (*de querela inofficiosi?*).

Ho inserito nell'elenco anche alcune leggi la cui esistenza è disputata (1), ed ho, d'altra parte, escluso quelle che per il loro contenuto si riferiscono logicamente a materie di diritto pubblico, come quelle in materia di edilizia, di acque e strade, di misure e pesi pubblici (2); quelle in materia fiscale o penale, (3) per quanto possano toccar da vicino il diritto privato, nonchè i gruppi, fra loro connessi, della *leges fenebres*, *de sponsu* e *sumptuariae*, che esorbitano dal campo strettamente privatistico. Nè potrà parere arbitaria l'esclusione delle leggi relative alla procedura civile (*legis actiones* — *l. Aebutia* e *Juliae* — *l. Hostilia* sulla rappresentanza giudiziale nell'*a. furti*), perchè queste materie che la tradizione scolastica ha annesso al diritto privato, sono in realtà (4) parte integrante del diritto pubblico, non meno che le corrispondenti *leges iudiciariae* del campo criminale.

Dall'elenco, risulta evidente la scarsità numerica. È vero che le nostre notizie in questo campo sono di carattere frammentario e che alle leggi che si son potute raccogliere da accenni sporadici in testi giuridici, epi-

---

(1) Così la *lex Maenia de dote*; così la *lex Cocceia de nuptiis* di cui è più che dubbia la rogazione comiziale, a cui neppur direttamente accenna l'unica fonte (ZONAR, XI, 20). Non ho elencato la pretesa *lex de nuptiis cognatorum*, supposta dal LANGE, a cui dovrò accennare in seguito; nè la problematica *lex Pesolania* (?) (CUIACIO: *Solonia*) *de pauperie*, citata in un testo forse corrotto di PAOLO (*Sent.*, 1, 15).

(2) Così, per tacere d'altre, la *lex Quinctia de aquaeductibus*, 745[9; la *lex Silia de ponderibus publicis*; la più che dubbia *lex Iulia de modo aedificiorum*, 736[18. La cosiddetta *lex Mamilia Roscia Peducaea Alliena Fabia de limitibus*, che si soleva riferire a questo gruppo, si può omai ritenere in rapporto colla *lex Iulia agraria*, 695[59.

(3) Cfr. *lex Manlia de XX manumissionum*, 397[357; *lex Iulia de XX hereditatum* circa 758[5; *lex Plautia* e *Iulia de vi*.

(4) Vedi p. es. GIRARD, *Manuale elementare di dir. rom.*, pag. 14.

grafici e letterarii molte altre ve ne sarebbero da aggiungere, che noi non conosciamo (1).

Ma questa possibile obbiezione non altera quanto s'è dianzi osservato: perchè se molte leggi di diritto privato sfuggono alla nostra cognizione, lo stesso deve pur dirsi anche rispetto a leggi relative al diritto pubblico; anzi a maggior ragione: infatti le leggi di diritto privato, anche quelle che rimontano a data relativamente antica, rimangono per lo più in vigore durante l'età imperiale e — oggetto dello studio e del commento dei giuristi — lasciano tracce copiose nelle fonti: invece, delle innumerevoli leggi di diritto pubblico, e specialmente di quelle emanate in contingenze transitorie passate le quali non avevano più efficacia pratica nè interesse per alcuno, è facile argomentare quante ne debbano essere andate dimenticate. Particolarmente ove si consideri che appunto per l'ultimo periodo della repubblica — in cui l'attività legislativa dei comizi si esercitò con maggiore larghezza — ci manca quella che sarebbe la fonte più copiosa ed organica, gli annali di Livio, talchè siamo costretti a racimolare notizie in scrittori che accennano ai fatti solo di sfuggita, ovvero unilaterali, o tardi e male informati.

Oltre a questa osservazione preliminare sulla scarsità delle leggi di diritto privato, due punti mi sembrano degni di essere particolarmente illustrati: il primo di carattere formale, relativo cioè agli organi della loro formazione — il secondo di carattere sostanziale, ossia relativo al loro contenuto intrinseco.

2. — Quanto il primo, io credo potersi ritenere che le leggi relative al diritto privato siano tutte d'iniziativa tribunizia, siano cioè tutte plebisciti. Questo punto, interessante per le considerazioni a cui può dar luogo, merita di essere posto in chiaro in quel miglior modo che le fonti lo permettano. Naturalmente non si può sperare una dimostrazione diretta e assoluta: è nota infatti agli studiosi della storia e del diritto la difficoltà di identificare l'autore di una legge menzionata nelle fonti, e la magistratura da lui coperta in quell'occasione. Delle leggi di diritto privato nessuna ci è conservata nel testo originario, dalla cui *praescriptio* si possa rilevare direttamente da chi e in quali comizi sia stata proposta (2): e sono assai scarse quelle sul cui autore le fonti ci diano almeno qualche notizia — più scarse, anche proporzionalmente, che non quelle di diritto pubblico. E la ragione non è difficile a trovarsi: queste ultime ci sono per lo più riferite dagli storici, i

---

(1) All'espressione di CICERONE (*Pro Balb.*, 8, 21): *innumerabiles ... leges de iure civili* non è certo da dare eccessivo peso. Più grave potrebbe sembrare, perchè più specifica, l'attestazione indiretta di ULPIANO (l. 18, *ad edictum*) a proposito della *lex Aquilia* (l. 1, pr., D. 9, 2: *Lex Aquilia omnibus legibus quae ante de damno iniuria locutae sunt derogavit, sive XII Tabulis, sive alia quae fuit*. Ma l'inciso finale dimostra, a mio credere, che ULPIANO non sapeva nulla di positivo al riguardo. Nella l. 2, § 1, D. 9, 4 (CELSO, citato da ULPIANO) l'antitesi è appunto solo tra la *lex Aquilia* e le XII tavole.

(2) L'unica *praescriptio* completa è quella della *lex Quinctia de aquaeductibus*, 745[9, rogata da un console ai comizi tributi: altre *praescriptiones* si hanno affatto frammentarie.

quali si indugiano a narrarne la proposta, e la votazione, e gli incidenti a cui diedero luogo: le prime invece sono in buona parte menzionate unicamente da fonti giuridiche, le quali si interessano di studiarne il contenuto, mentre trascurano quasi sempre ciò che per loro è superfluo, cioè la designazione estrinseca e formale della legge: così noi ne conosciamo, più o meno largamente, il contenuto, ma dal lato estrinseco non ne sappiamo che il nome: il quale è ben poca cosa (1).

Peraltro si può raccogliere più d'un elemento per dare alla dimostrazione una base sufficiente. Sono indizi di duplice carattere, diretti e indiretti, e i primi — alla loro volta — positivi e negativi.

In primo luogo è caratteristico rilevare che le leggi di diritto privato dell'età repubblicana di cui l'autore è sicuramente attestato sono tutte plebisciti. Si prescinde qui naturalmente sia dalle XII tavole — su cui sarà il caso di soffermarci più oltre — il cui carattere costituzionalmente eccezionale è, del resto, riconosciuto da quanti ne ammettono l'autenticità — sia dalle leggi dell'età augustea e posteriori (2) perchè in quell'epoca tarda, che prelude al completo sfacelo dei comizi legislativi, non si può dar peso all'intervento piuttosto dell'una che dell'altra magistratura, che tutte non sono se non strumenti altrettanto docili quanto insignificanti dell'attività del principe (3).

Quanto alle leggi repubblicane di origine certa, sono:

a) *lex Canuleia* che, abolendo il divieto del *connubium* tra patrizi e plebei, rappresenta in certo modo la definitiva equiparazione delle due classi nel campo del diritto privato. Essa è un plebiscito del tribuno *C. Canuleius* (Liv, 4, 1-3; Dionys, 10, 60; Flor., 1, 17 (=1, 25,); Cic, *de rep*, 2, 37, 63). La data del 309/445 è relativamente sicura: il Girard (4) la considera anzi come l'unica legge di data sicura in quel secolo;

b) *lex Aquilia:* l. 1, § 1, D. 9, 2. (Ulpianus, *libro* XVIII, *ad edictum*): *quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit* (5). La data tradizionale (circa 468/286) basata su attestazioni bizantine (Theoph., 4, 3. 15; Anon. in *Basil.*, 60, 3, 1 *sch.* [Hb., 5, 263]) è ora vivamente controversa (6);

---

(1) Il vezzo di identificare ad ogni costo i proponenti di determinate leggi coi pochi personaggi omonimi che le fonti per caso ci tramandano non è mai abbastanza censurato (cfr. Girard, *Manuale*, pag. 48, n. 1), data la scarsità delle notizie e per conseguenza il modo affatto incompleto, fatta eccezione per i consoli, con cui si poterono ricostruire i fasti delle magistrature.

(2) Di esse alcune sono indubbiamente rogate dai consoli: p. es. *lex Iunia Vellaea, l. Papia Poppaea, l. Aelia Sentia, l. Fufia Caninia.*

(3) Del resto, anche in quel periodo, non mancano tracce per noi interessanti. Vedi avanti a p. 654.

(4) *Manuale*, pag. 48.

(5) Cfr. § 15, I, 4, 3; Nov. 18, c. 8.

(6) Cfr. Mommsen, *Droit pénal*, 3, pag. 146, n. 3; Pais, *Storia di Roma*, 1, 2, pag. 551, n. 3 e pag. 734. Il tipo della legge non sembra peraltro molto moderno. Che l'attestazione dei bizantini poggi su un equivoco tra il fatto che la *l. Aquilia* è un plebiscito e quello che appunto in seguito alla secessione sul Gianicolo i plebisciti furono equiparati alle *leges* (Girard, *Manuale*, pag. 425, n. 2) è possibile.

c) lex Cincia, plebiscito del tribuno M. Cincius Alimentus nel 550/204 (Liv., 34, 4, 9, cfr. 29, 20. 11);

d) lex Furia testamentaria: Varro, *de vita pop. rom. fragm.*, l. 3... « *plebisque scito cautum ne qui legaret causave mortis donaret super asses mille* ». L'autore è un tribuno, C. Furius (Cic., *pro Balb.*, 8, 21.) che è vano voler identificare con uno dei Furii conosciuti (Liv., 38, 55; 39, 7; 41, 1; 43,9). Quanto alla data è assai verosimilmente posteriore alla *lex Cincia*, seguendo un regime più largo a favore dei cognati (cfr. Fr. Vatic. 298, 299, 301): certo anteriore alla *lex Voconia*;

e) lex Voconia — plebiscito del tribuno Q. Voconius Saxa nell'anno 585/169 (Liv., *Epit.*, 41; Gell., 7, 13;

f) lex Falcidia — plebiscito del tribuno P. Falcidius (Dio C., 48., 33. ὑπὸ Πουπλίου Φαλκιδίου δημαρχοῦντος; nel 714/40.

Per le altre — e sono purtroppo la maggioranza — nulla risulta direttamente: ma è già caratteristico che nessuna delle leggi di diritto privato di quel periodo risulti rogata da altro magistrato che non sia un tribuno. Sono infatti assolutamente estranee al nostro campo le due uniche leggi che si potrebbe esser tentati di addurre in contrario: la *lex Manlia de XX manumissionum*, del console *Cn. Manlius Capitolinus* nel 397/357 (1) e quella a cui si riferisce la *fictio legis Corneliae*, ignota ma riferita dai più al dittatore *L. Cornelius Sulla*. La prima non è per nulla relativa al diritto privato: essa non interviene, come invece le leggi dell'età Augustea, per porre un freno alle manomissioni; si limita a stabilire una tassa del 5% a favore dell'erario sul prezzo di riscatto degli schiavi: ciò, e le circostanze in cui fu votata (nel campo, presso Sutri) rende plausibile l'opinione dell'Ihne (2) che si tratti di un provvedimento destinato ad assicurare allo Stato una quota dell'ingente guadagno che i soldati traevano dal riscatto dei prigionieri. La seconda che, com'è noto, ammise la validità dell'istituzione d'erede e della nomina di tutore per parte di un cittadino che sia poi caduto *in hostium potestate* e morto in tal condizione (3), sembra esser parte d'una altra legge di portata più vasta, verosimilmente (4) della *lex Cornelia de falsis*, 673/81, che appunto si occupava in modo particolare di testamenti: se ciò non si vuol ammettere, scorgendovi invece una legge autonoma (5) non c'è neppur ragione di riferirla a Silla, e non piuttosto a qualche tribuno (6).

Più svariati, e nel loro complesso anche più efficaci, sono gli argomenti indiretti che, riguardo alle leggi d'incerto autore, si possono dedurre dal nome, dal contenuto, da considerazioni generali. Anzitutto i nomi gentilizi

---

(1) Se pure non vi si scorge un'anticipazione (Pais, *St. di Roma*, 1, 2, 147, n. 1).

(2) *Römische Geschichte*, v. 4, pag. 25, n. 1.

(3) Cfr. l. 10; 11, § 1; 12, § 1, D. 49, 15; l. 15, pr. D. 41, 3; § 5, *I*, 2-12; Paul, *Sent.*, 3, 4 a, 8; Ulp. *Reg.*, 23-5.

(4) Così Rudorff, *Röm. Rechtsgeschichte*, 1, 92; Voigt, *Röm. Rechtsgesch.*, 1, 271.

(5) Girard, *Manuale*, pag. 207, n. 3.

(6) Parecchi tribuni della *gens Cornelia* sono menzionati: basti ricordare il C. Cornelius tr. pl. 687/67, che esercitò largamente l'iniziativa legislativa.

che qualificano quelle leggi repubblicane d'ignota origine sono tutti plebei (*Plaetoria, Maenia, Atilia, Atinia, Titia, Scribonia, Licinia, Glitia*). L'argomento non ha in se stesso un gran peso perchè è noto che nell'età storica, a cui quelle leggi si riferiscono, i plebei hanno libero accesso a tutte le cariche, e le *gentes* patrizie sono numericamente esaurite: ma è pur da osservare che si tratta in massima parte di nomi relativamente oscuri: non di quelle genti plebee (quali *Caecilia, Calpurnia, Domitia, Servilia*, etc.) che, per la tradizione di cariche curuli e per l'influenza esercitata, godono nella *nobilitas* degli ultimi secoli un posto non inferiore a quello delle più illustri schiatte patrizie. Mediante l'esame dei fasti consolari che, per l'epoca che qui c'interessa, possiamo dire di possedere completi si può mostrare anzitutto che quelle leggi non hanno per autori dei consoli. Limitando l'esame ai consolati posteriori al 467/287 — più addietro del quale anno nessuna di quelle leggi certo risale — e arrestandoci all'epoca d'Augusto, degli otto nomi gentilizi sopra accennati ne troviamo tre soli: *Atilia, Licinia, Scribonia*. Le altre cinque leggi sono quindi sicuramente non consolari, [illegible] anche per queste tre nessun argomento di verosimiglianza intrinseca od estrinseca permette di attribuirle a consoli di tal nome: gli indizi sono, se mai, in senso contrario. A parte — necessariamente — la *lex Licinia* su cui l'unica menzione fuggevole in Marciano (12, D. 4, 7) non permette nessuna solida congettura (1), quanto alla *lex Atilia de tutela*, che si potrebbe esser tentati d'assegnare ad uno dei numerosi consoli di tal nome, un argomento in contrario di non lieve valore può a mio avviso desumersi dal suo stesso contenuto. Essa regola, com'è noto, la *datio tutoris* in Roma, attribuendola al *praetor urbanus* d'accordo colla maggioranza dei tribuni della plebe (2): questo intervento dei tribuni in un campo che è fuori delle loro ordinarie funzioni e a cui non si saprebbe trovare una plausibile giustificazione intrinseca, si spiega in un modo assai semplice se si suppone trattarsi di un plebiscito, e si suppone che i tribuni che lo promossero abbiano voluto con quella clausola assicurarsi un controllo efficace e permanente sulla sua attuazione. Quanto alla *lex Scribonia de usucapione servitutum* è una fra le leggi più oscure: ma certo meglio che ai due unici consoli di tal nome che ci si presentano in quel periodo di quasi tre secoli (L. Scribonius Curio, 678/76 [illegible] L. Scribonius Libo, 720/34) (3) si pensa alla instancabile attività legislativa del tribuno C. Scribonius Curio, 704/50, colla cui *lex viaria* non è improbabile che essa abbia un rapporto più [illegible] meno diretto. Si aggiunga, come rilievo d'indole generale, che l'uso più corretto e diffuso indica le *leges*

---

(1) Voigt, *Röm. Rechtsgesch*, 1. 806, n. 5, vi scorge un capitolo della *lex Licinia de sodaliciis*, del console M. Licinius Crassus, 699|55: l'ipotesi è certo assai ardita: ad ogni modo per chi la voglia ammettere, la legge esce dal campo del diritto privato: essa si riferirebbe al patrimonio comune della *sodalitas*.

(2) Gai, 1, 185-195; Ulp., XI, 18; Tab. Salp., c. 29. In caso diverso, cfr. Liv., 40, 29.

(3) Il primo è anzi da escludere senz'altro, perchè la legge pare posteriore all'*oratio pro Caecina* che è del 685|69.

consulares coi nomi di entrambi i consoli dell'anno (1); uso a cui le fonti si conformano appunto nel designare le leggi consolari di diritto privato dell'età augustea (*Papia Poppaea — Iunia Vellaea — Aelia Sentia — Fufia Caninia*).

L'ipotesi di leggi pretorie non sarebbe felice. Anzitutto, per quanto i fasti pretorii non ci siano direttamente conservati, e si possano ricostruire solo in modo molto imperfetto, è noto che nella più parte dei casi la pretura non era che il passo preparatorio al consolato: personaggi la cui carriera politica si arrestò alla pretura sono ricordati quasi come eccezione (2). E in secondo luogo è nota la parte assai scarsa presa dai pretori all'attività legislativa. Essi — come *collegae minores* dei consoli — non sogliono indire i comizi legislativi, come anche gli elettorali, se non in assenza o impedimento di quelli: e la statistica delle leggi comiziali dimostra infatti che su quasi ottocento a noi note o — per essere più rigorosi nel calcolo — su circa cinquecento di cui conosciamo gli autori, solo diciassette sono dovute all'iniziativa di pretori, e di esse dieci sole arrivarono all'approvazione. L'ipotesi poi che nel campo del diritto privato i pretori esplicassero di preferenza la loro attività legislativa sarebbe quanto meno gratuita: la vasta e profonda influenza che esercita in quel campo il pretore (si tratta a ogni modo del solo pretore urbano e, coordinatamente, del peregrino; non degli altri, numerosi alla fine della repubblica, preposti alle *quaestiones* penali) si attua nell'esercizio della sua funzione specifica, la *jurisdictio*, e colla proposizione dell'editto: in una forma cioè tutta speciale ed autonoma e — specialmente agli occhi dei Romani — essenzialmente diversa da quella rappresentata dall'iniziativa legislativa.

Ancora: un nuovo argomento che gli ignoti proponenti di quelle leggi siano tribuni è che le altre numerose leggi omonime di cui conosciamo la natura sono effettivamente plebisciti.

Così: *a*) *lex Plaetoria de praetore urbano* (Censorin, *de die nat.*, 24 *M. Plaetorius tr. pl. scitum tulit...*): incerta è la *l. Plaetoria (de dedicatione?)* citata in C. I. L. VI, 3732;

b) *lex Atinia de tribunis plebis in senatum legendis* (Gell., XIV, 8-2: *Atinium plebiscitum;* degli Atinii *tribuni plebis* sono menzionati nel 555/199) (Liv., 32, 29, 3; 33, 22, 2) e 622/132 (Liv., *Epit.*, 59);

c) *lex Atilia de dediticiis*, 544/210 (Liv., 26, 33, *L. Atilius., tr. pl... plebem rogavit...*); cfr. *l. Atilia Marcia de tribunis militum XVI a populo creandis*, 443/311 (Liv., 9, 30, *tulere... tribuni plebis L. Atilius C. Marcius*) (3);

d) *lex Titia agraria*, 655/99 (Cic., *de leg.* 2, 6, 14; 12. 31; Val. Max, 8, 1, *damn* 3, *S. Titius tr. pl.*) e, forse dello stesso, *l. Titia de provincia aquaria; l. Titia de magistrato P. Servilio Cascae abrogando* e *de III viris*

---

(1) MOMMSEN, *Droit public*, VI, 1, pag. 359, n. 2.
(2) Per esempio il giureconsulto Aquilio Gallo.
(3) Consolare è la *lex Atilia Furia de C. Hostilio Mancino dedendo*, 618/136.

reip. constituendae, 711/43 (Dio C., 46, 49; App., *B. civ.* 4, 7... ὁ δήμαρχος Πούπλιος Τίτιος (1);

e) *rog. Maenia agraria*, 344/410 (Liv., 4, 53, *M. Maenius tr. pl.*) (2);

f) *lex Scribonia de Lusitanis*, 605/149 (Liv., *Epit.*, 49... *quum L. Scribonius tr. pl. rogationem promulgasset*); e le numerose *leges Scriboniae* (*de agro campano — de regno Iubae — de C. Memmio restituendo — alimentaria — de itineribus...*) di *C. Scribonius Curio* tribuno nel 704/50.

Per la *lex Licinia* la gran diffusione del nome e la conseguente frequenza di leggi omonime non permette un'argomentazione di questo genere, la quale se naturalmente ha di per se stessa un valore molto relativo, giova a corroborare l'efficacia delle considerazioni precedenti.

Un indizio può talora anche desumersi dal contenuto della legge, come nel caso dianzi accennato della *lex Atilia de tutore dando*: però non sarebbe lecito, in assenza di altri elementi, argomentare l'origine tribunizia semplicemente dal fatto che si tratta di legge di tendenze democratiche, quantunque sia certo che di tali tendenze i tribuni furono sempre gli interpreti più efficaci. Questo criterio potrebbe applicarsi in genere alle leggi che mitigano la procedura (3), come anche alle *leges de sponsu*, caratterizzate tutte intrinsecamente da uno spirito democratico, come — estrinsecamente — da una singolare oscurità intorno agli autori e le date. Anche di quest'ultime leggi che sono il *trait-d'-union* tra il diritto privato e il diritto pubblico giova accennar di sfuggita che almeno le principali pare siano plebisciti: così — se non per l'incertissima *lex Publilia* e per le *leges Corneliae de sponsu e de aleatoribus*, forse di Silla in rapporto colla sua legislazione suntuaria — tanto il contenuto quanto il nome depongono in favore della origine tribunizia delle leggi *Cicereia, Crepereia, Appuleia, Furia*, quand'anche non si vogliano per queste due ultime accogliere le induzioni dell'Appleton (4) che le assegna precisamente ai due noti tribuni L. Appuleius Saturninus (651/103) e L. Furius (654/100).

A questo per dir così monopolio della legislazione di diritto privato da parte della plebe, quale io ho cercato di dimostrare, io non credo però si debba dare una soverchia importanza dal punto di vista costituzionale romano. Infatti la prevalenza dell'iniziativa tribunizia è generale in ogni ramo della legislazione: delle circa cinquecento leggi di cui conosciamo gli autori, oltre trecento sono plebisciti, e se si aggiungono anche quelle di autore ignoto, le varie considerazioni sopra esposte rendono manifesto che la percentuale tribunizia riuscirebbe anche maggiore.

Le ragioni di tale prevalenza sono, io credo, essenzialmente pratiche, e

---

(1) Affatto incerte d'autore e di data sono le *leges Titia de nefanda Venere* e *de sponsu*.

(2) Affatto incerte sono la *l. Maenia de patrum auctoritate* e quella *de ludis votivis*.

(3) Per es. la *lex Vallia* (Gai, 4, 25) che mitiga la *manus iniectio* liberando i poveri dalle difficoltà di trovarsi necessariamente un *vindex*.

(4) *Les lois romaines sur le cautionnement*, in *Z. S. St.*, XXVI, 1905, pagg. 1-48; cfr. *Mélanges Gérardin* (1907), pagg. 1-19.

non giova avventurarci nel campo pericoloso delle ipotesi per rintracciarne delle ragioni più intime. La pratica costituzionale romana non conosce, salvo rare eccezioni, (1) una distinzione di competenza legislativa in ragione dei vari comizi e delle varie magistrature: la medesima proposta può — di regola — essere presentata sia dal console o dal pretore ai comizi centuriati o tributi, sia dal tribuno ai concilii della plebe. Di ciò è prova anzitutto l'esistenza di leggi di identica natura proposte quali dai consoli, quali da tribuni: fra cui è tipico il caso delle *rogationes* per la revoca di Cicerone dall'esiglio che tutti, o quasi, i magistrati promulgarono, ciascuno per proprio conto (2): come pure è caratteristica la formola colla quale il senato, dopo avere elaborato un progetto di legge, dà incarico ai consoli, o in loro mancanza ai pretori, o infine ai tribuni di procedere alla promulgazione (3): la clausola relativa doveva essere usuale come lo prova l'uso costante della abbreviazione riferita da Probo (4). Poichè i consoli erano spesso assenti o impegnati negli affari militari o amministrativi, ■ i pretori — specialmente quello che per la sua funzione deve risiedere in città — gravati dalle cure della *jurisdictio*, si capisce come con maggior frequenza si facesse ricorso ai tribuni che, risiedendo sempre per legge in città, e non avendo altre funzioni fisse ed assorbenti, trovavano maggiore agevolezza di esplicare quella attività.

Io non credo quindi di poter accogliere le idee a cui accenna il Baviera nel suo scritto sulle *Leges imperfectae minus quam perfectae et perfectae* (5). Riferendo la tripartizione ulpianea alle sole leggi di diritto privato o ai gruppi limotrofi, è naturale, dopo quanto sin qui s'è detto, che gli esempi di *leges imperfectae* o *minus quam perfectae* siano tutti, o quasi, plebisciti: ma che la efficacia legale dei plebisciti (*ut quod tributim plebs iussisset populum teneret*) non possa riferirsi al diritto pubblico ma solo al privato è affermazione che, così com'è esposta, non può essere accettata. Qualunque concetto si voglia avere dell'*jus publicum*, certo è che non si può limitarne la

---

(1) Le quali sembra si riducano alle cosiddette leggi formali (*l. curiata de arrogatione; de imperio; l. centuriata de bello indicendo; de potestate censoria*).

(2) I tribuni del 696|58 (cfr. Cic., *ad Att.*, 3, 23) e quelli dell'anno successivo (p. es. C. Messius, Cic., *p. red. in sen.*, 8, 21) il pretore L. Caecilius Rufus (Cic., *p. red. in sen.*, 3, 6; 8, 22); i consoli P. Cornelius Lentulus Spinther e Q. Caecilius Metellus Nepos (Cic., *in Pis.*, 15-35; Dio C., 39-8).

(3) Liv., 27-5; 39, 19; Cic., *ad fam.*, 8, 8, 5.

(4) Prob., *Litt. sing.*, 3-23. « Si quid mee (melius?) de ea re ad populum plebemve lato opus est, cos. praetores tribuni plebis qui nunc sunt quod eis videbitur, ad populum plebemve ferant: quod si non tulerint, cos. praetores tribuni plebis qui deinceps erunt, quod eius videbitur, ad populum plebemve ferant ».

(5) In *Studii per Fadda*, vol. II, pag. 203 e seg. Vedi pagg. 215-216: « La fonte unica del diritto pubblico era la *lex* ed alla sua formazione nei comizi centuriati partecipavano anche i plebei che erano, del resto, *cives*. Il pretendere che norme di diritto pubblico si votassero nei *concilia plebis*, ■ che d'altra parte i plebei volessero imporle al popolo intero senz'altro, senza cioè una ulteriore deliberazione comiziale, è un assurdo cui s'oppone l'intera storia costituzionale romana ». Ripubblicato ora negli *Scritti giuridici*, I, pag. 109 e seg., lo studio del Baviera riguarda si può dire esclusivamente la opinione comune, da lui ritenuta erronea, che riferisce la tripartizione alla *sanctio*.

fonte alle leggi centuriate di cui conosciamo pochissime e che ad ogni modo nell'età storica rappresentano numericamente un'eccezione: ed anche a prescindere dalle *leges* votate nei comizi tributi per iniziativa di magistrati patrizio-plebei, è indubitato che moltissime leggi di diritto pubblico sono di iniziativa tribunizia (1). Il Baviera trova che sarebbe stata assurda la pretesa dei plebei di imporre a tutto il popolo norme di diritto pubblico da loro soli votate — veramente anche nel campo del diritto privato l'assurdità non potrebbe parer minore —: e questa medesima preoccupazione dell'assurdità costituzionale induce altri (2) a ritenere che la *exaequatio* si riferisca alle deliberazioni delle tribù, a cui partecipano patrizi e plebei e questi ultimi hanno naturalmente la prevalenza. Io qui non posso neppur di sfuggita accennare alla controversa questione ed indicare gli argomenti che a mio avviso rendono tuttora preferibile l'opinione secondo la quale i tribuni non hanno mai convocato le tribù patrizio-plebee, e — per conseguenza — i *comitia tributa* e i *concilia plebis* sono due cose distinte in tutto il corso della storia costituzionale di Roma: alcune osservazioni che farò in seguito gioveranno perlomeno in parte a togliere le ragioni pratiche di quella preoccupazione. Quanto all'osservazione del Baviera che gli esempi di *leges imperfectae* e *minus quamperfectae* sono, tutti o quasi, sicuramente plebisciti è, a mio avviso, esatta, ed ha anche una notevole importanza: non però forse considerando il plebiscito nelle sue caratteristiche formali, in antitesi alla *lex*, ma considerando la posizione del plebiscito nel sistema delle fonti del diritto privato. Ma di ciò in seguito.

Il fatto che in alcuni rami della legislazione i plebisciti hanno una più notevole prevalenza non è peraltro privo di importanza. Tale è il caso delle leggi agrarie, tutte proposte da tribuni, salvo quelle del leggendario console Sp. Cassio e le due ultime di Cesare: e per queste è notevole come le fonti si mostrano meravigliate — e quasi scandolezzate — che il console si sia, direbbero quasi, abbassato ad una proposta che doveva esser l'affare di un tribuno qualunque: le tendenze democratiche e rivoluzionarie a cui quelle leggi sono di solito ispirate trovavano nei tribuni i loro interpreti naturali.

---

(1) Esempi sicuri se ne trovano in ogni ramo dell'*jus publicum*: p. es. qualifica alle magistrature (*l. Villia annalis*, 574[180) — sacerdozi (*l. Domitia*, 651[103; *l. Atia*, 691[63) — concessione della cittadinanza (*l. Plautia Papiria*, 665[89) — ordinamento dei suffragi (*l. Sulpicia de novorum civium suffr.*, 666[88) — modo di votazione (le quattro leggi tabellarie) — leggi giudiziarie (*Semproniae, Livia*) — di provocazione (*Sempronia, Furia*) — leggi criminali (*l. Aufidia de ambitu*, 693[61; *l. Calpurnia de repetundis*, 605[149; *l. Appuleia*, 654[100 e *l. Varia*, 664[90 *de maiestate*) etc.: più numerosi ancora nel campo dei cosiddetti *jussa specialia* (proroga e abrogazione di magistrature; concessione di onori, dispense, grazie; irrogazione di pene e istituzione di *quaestiones extraordinariae*, etc.) per tacere di tutte le leggi agrarie, coloniarie, frumentarie, *fenebres*, etc.

(2) V. Costa, *Storia del dir. rom. pubbl.*, pag. 84 e specialmente *Storia delle fonti*, pagg. 18-19. Che i plebisciti abbiano valore solo in base alla *l. Hortensia* come le leggi Sillane in base alla *l. Valeria* (Vassalli, *La plebe romana nella funzione legislativa*, in *Studi Senesi*, XXIV, 1907, pag. 131) è vero, ma non credo che questa cosiddetta delegazione del popolo alla plebe si possa utilmente paragonare alla delega al magistrato nel caso delle *leges datae*.

E se anche nel campo del diritto privato, per quella scarsa parte che vi hanno i comizi, l'evoluzione è portata dalla plebe, la ragione non è sostanzialmente diversa. Giova infatti osservare fin d'ora che la scarsa e sporadica produzione legislativa in questo campo ha un carattere prettamente eccezionale: ognuna di quelle leggi rappresenta, qual più qual meno, uno strappo alla salda ed organica compagine dell'*jus civile*. Ora, attraverso l'incertezza delle notizie positive intorno alla condizione originaria della plebe, la tradizione attesta sicuramente che il sistema dell'*jus civile*, colle sue formole arcane e in balìa dell'interpretazione pontificale, era un monopolio patrizio: di qui l'interesse dei plebei di promuovere la determinazione di norme certe e stabili di diritto privato. È caratteristico che l'impulso alla codificazione viene dalla plebe: la tradizione attribuisce bensì la redazione delle XII tavole a decemviri patrizi, e le fa approvate dal *populus* nei comizi centuriati: ma essa riferisce pure, con lusso di particolari leggendari, i lunghi e ostinati tentativi da parte dei *tribuni plebis* per strappare al patriziato la nomina di quella commissione legislativa; e — sempre nella tradizione — questo movimento coincide a un dipresso appunto coll'epoca in cui la plebe comincia ad esercitare la sua attività in proprie riunioni (1). E subito dopo le XII tavole, la prima legge che interessi il diritto privato è il plebiscito Canuleio, 309/445, che rappresenta, come s'è osservato, l'equiparazione della plebe nel campo privatistico.

Nell'epoca posteriore, l'esclusiva partecipazione della plebe alle riforme di diritto privato ha senza dubbio una portata concettuale molto minore. Allora le lotte tra plebe e patriziato sono ormai tramontate da un pezzo: la stessa *Lex Hortensia* (circa 467/287) che riconosce la parificazione dei plebisciti alle leggi non è forse che l'ultimo passo di una lunga evoluzione (2).

La plebe resta bensì, per tutta l'età storica, distinta dal popolo, e i suoi tribuni non sono *magistratus populi*; ma il patriziato — una nobiltà chiusa — è ridotto numericamente a una quantità trascurabile: non più di ventun *gentes* patrizie risultano dopo il 387/367 (3) e nell'ultimo cinquantennio della repubblica si son ridotte a quattordici, con ventisette famiglie (4): ben minima

---

(1) La *lex Publilia Voleronis*, 283|471, secondo l'opinione dominante avrebbe riconosciuto ai *concilia plebis tributa* la competenza di eleggere i tribuni, che prima sarebbero stati eletti o dalle curie plebee (MOMMSEN, *Dr. public.* VI, I, 169 e seg.) o dai comizi curiati patrizio plebei: ZONARA, 7, 17, fa datare da questa legge il diritto dei plebei di riunirsi in assemblee autonome: ἐξεῖναι τῷ πλήθει καὶ καθ' ἑαυτὸ συνιέναι καὶ ἄνευ ἐκείνων (i patrizi) βουλεύεσθαι καὶ χρηματίζειν πάνθ' ὅσα ἂν ἐθέλωσι. Solo nove anni dopo, nel 292|462, il tribuno C. Terentilius Harsa avrebbe (LIV., 3, 9) proposto, l'elezione di una commissione di *Xviri* (plebei ?) per la redazione di un corpo di leggi, e la proposta, tenacemente sostenuta, avrebbe approdato nel 303|451, all'elezione dei *Xviri legibus scribundis*.

(2) Così almeno fa supporre la tradizione, concorde nel parlare di altre due leggi di gran lunga anteriori sul medesimo argomento (*L. Valeria Horatia*, 305|449, e *l. Publilia Philonis*, 339|415) a parte la questione, insolubile forse, sui loro reciproci rapporti.

(3) MOMMSEN, *Römische Forschungen*, I, pag. 112.

(4) Sul patriziato nell'impero lo studio più recente, che non potei vedere, è di HEITER, *De patriciis gentibus quae imperii romani saeculis 1, 2, 3 fuerint*. (Diss. Berlin., 1909).

cosa di fronte all'aumento della cittadinanza, anche solo urbana, senza tener conto dell'estensione agli Italici; di fronte alle centinaia di nomi gentilizi rivelati dalle fonti letterarie e epigrafiche, e particolarmente dalle monete. Perciò il riconoscimento dell'efficacia legale dei plebisciti e l'intervento esclusivo o quasi della plebe in molti campi della legislazione dovette ai contemporanei parere cosa meno anormale che non possa sembrare a noi che quasi inconsciamente, ed indotti da coincidenze esteriori e da parallelism letterari, estendiamo a gran parte della storia di Roma i concetti proprii dei primi secoli della repubblica, e nelle lotte rinnovellantisi tra l'oligarchia e la democrazia siano quasi invincibilmente tentati di rivedere le lotte tra il patriziato e la plebe dei primi tempi. Già fin dal terzo secolo della repubblica — almeno — la plebe è la quasi totalità della popolazione e, si tratti di *concilia plebis* o di comizi — specie se tributi — patrizio-plebei, la loro composizione, di fatto se non di diritto, non è molto diversa: i patrizi molto verosimilmente non si diedero mai briga di intervenire ai comizi, ove la loro scarsità numerica non permetteva di manifestare un'influenza che invece potevan esercitare, molto più efficace e profonda, nel senato, nelle magistrature, nei collegi sacerdotali. Ad ogni modo, se nell'iniziativa tribunizia delle leggi di diritto privato a torto si vorrebbe scorgere un'anomalia, è lecito almeno formalmente ravvisarvi il proseguimento di quella tradizione che fa della plebe e dei suoi tribuni la molla di quella evoluzione legislativa (1). Del che si può trovare un'ultima conferma all'inizio del principato. Delle varie potestà che assommate in Augusto ne fanno il signore della repubblica, precisamente la potestà tribunicia è quella che gli serve di strumento per le sue grandi riforme legislative nel campo del diritto privato: infatti le *leges Iuliae* da lui promulgate sono verosimilmente tutte plebisciti (2), come sembrano plebisciti anche le scarse leggi rogate dagli imperatori posteriori (cfr. Tac., *Ann.*, XI, 14): così, anche al tramonto dell'attività legislativa dei comizi sembra che almeno nella forma non si voglia smentire una tradizione secolare (3).

---

(1) Anche CICERONE, esponendo le fonti legislative del diritto privato romano in contrapposto alle leggi di Licurgo, Solone, Caronda, Zaleuco, enumera precisamente le XII tavole e i plebisciti (*de leg.*, 1, 22, 57... *nec nostras XII tabulas nec plebiscita desidero*.

(2) Non risulta che Augusto e i suoi successori avessero l'iniziativa legislativa come potere a sè; essa era la conseguenza delle altre cariche di cui erano investiti, e di queste l'unica costante è la potestà tribunicia (cfr. *Mon. Ancyran.* gr. 3, 11): le *leges Iuliae* cadono in anni in cui Augusto non era console; egli infatti rivestì il consolato tredici volte, negli anni 43, 33, 31, 30, 29, 28, 27, 26, 25, 24, 23, 5, 2 avanti Cristo; ed a nessuno di questi anni sembra doversi riferire alcuna delle numerose leggi augustee: di esse alcune — e le principali — sono del 18 avanti Cristo; altre si assegnano con una certa verosimiglianza al 17, al 12, all'8 avanti Cristo. Per la *l. Iulia de adulteriis* è attestato (SENECA, *de benef.*, 6, 32) che fu votata nel foro, ossia dalle tribù.

(3) Anche sull'evoluzione del diritto operata dal pretore esercita un certo influsso la legislazione, e si tratta di plebisciti. — La tradizione fa coincidere la istituzione della pretura colle leggi Licinie Sestie: è un plebiscito la *l. Plaetoria* (CENSORIN, *de die. nat.*, 24) che diede ignote disposizioni al riguardo: probabilmente

8. — La caratteristica sostanziale della legislazione comiziale di diritto privato è la sua natura eccezionale. Essa risulta già dalla rilevata scarsità numerica delle leggi relative a questa materia: meglio assai risulta dall'esame intrinseco delle disposizioni: un rapido sguardo ai vari rami del diritto privato nei suoi istituti fondamentali ed alle varie fonti da cui ripetono l'origine e lo sviluppo è il modo più semplice e migliore per chiarire il concetto. — Che gli istituti fondamentali del diritto privato — come quelli del diritto pubblico — abbiano la loro origine in quell'antichissimo fondo di tradizioni etico-giuridiche che — di fronte alle statuizioni positive — i Romani sogliono qualificare come derivanti dai *mores*, come l'*jus quod consensu receptum est*, è stato dianzi osservato: appunto lo sviluppo organico di quegli istituti adattantisi alle nuove funzioni rappresenta il più grandioso fenomeno evolutivo che la storia giuridica offre alle ricerche e alle meditazioni dello studioso.

L'organo normale, tipico, di quest' evoluzione fu la giurisprudenza: presso nessun altro popolo la scienza e la pratica dei giurisperiti ebbe un'influenza così profonda ed energica. Nella giurisprudenza, prima pontificale, poi laica, gli antichissimi istituti quiritari trovarono uno svolgimento graduale ed armonico: di pari passo col progresso civile della società romana, collo svilupparsi dell' attività commerciale, col complicarsi dei rapporti internazionali, la giurisprudenza con prodigiosa facoltà di adattamento elaborava il materiale antico pei nuovi bisogni. Accanto alla giurisprudenza sorge, come nuovo organo di evoluzione giuridica, una magistratura nuova — il pretore, che avendo come funzione propria speciale la *jurisdictio* esercita un'influenza incalcolabile sul sistema del diritto. Fin dalla sua istituzione in misura a noi dubbiamente nota, e assai più largamente dopo che alla fine del VI o principio del VII secolo di Roma la *lex Aebutia* gli accordò nuove e più ampie facoltà (1), il pretore esercita quella triplice attività di aiuto, di integrazione, di correzione che i giureconsulti romani rilevano nettamente. Dove l'istituto civile è inadeguato allo scopo che deve raggiungere, il pretore provvede con mezzi propri ad assicurarne l'efficacia: dove presenta una lacuna, il pretore interviene a colmarla: dove la sua attuazione sarebbe dannosa, il pretore ne paralizza l'effetto: così, mediante il suo editto annuale, egli si mantiene al corrente colle nuove esigenze sociali e dall'inesauribile attività pretoria si svolge a poco a poco un sistema parallelo ed autonomo, l'*jus honorarium*, di cui pure — non meno che dalla elaborazione giurisprudenziale — ogni campo del diritto privato offre saggi grandiosi.

Di fronte all'attività di questi due organi, la parte che spetta in questo

---

plebiscito la *l. Aebutia* che aperse al pretore un nuovo campo di attività, plebiscito la *l. Cornelia* del 687[67 che obbligò i pretori ad attenersi alle regole da essi proposte nell'editto (ASCON, pag. 58, OR. = 51, K. = 8.).

(1) Fu osservato (GIRARD, *Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia* in *Z. S. St.*, XXIX (1908) pag. 166 e seg.) che dopo la *l. Aebutia* è ancora più scarso il numero delle leggi di diritto privato: molte riforme sono compiute dall'editto per le quali prima sarebbe occorsa una legge.

campo alla produzione legislativa è affatto secondaria, sia quanto al numero che quanto al contenuto: gli istituti fondamentali relativi alla famiglia, alla proprietà, alle obbligazioni, al testamento si sono svolti per opera della giurisprudenza e del pretore, e non ricevettero dai plebisciti altro che dei ritocchi, che sono in sostanza degli strappi, delle deviazioni dallo sviluppo normale (1).

Nel campo del diritto di famiglia in tutta l'epoca repubblicana non troviamo intervento legislativo sicuro altro che in materia di tutela, per provvedere alla mancanza di tutore testamentario o legittimo mediante la tutela dativa (*lex Atilia*) e per estendere poi questo provvedimento da Roma alle provincie (2). In materia di matrimonio, a parte la concessione dell'*jus connubii* alla plebe (*lex Canuleia*) non consta che la legislazione sia intervenuta prima delle riforme augustee: la pretesa legge che tra la prima e la seconda guerra punica avrebbe tolto il divieto delle nozze tra congiunti di quinto e sesto grado (3), come manca di base testuale, non ha neppure un'intrinseca verosimiglianza: è semplicemente il rilassamento di un *vetus mos* (4) dovuto alla più completa separazione dell'elemento religioso dal giuridico e in parte forse al dissolversi del gruppo agnatizio (5). — In tema di dote, l'ammissibilità di una *lex* (*Maenia* ?) (6) è assai dubbia, per quanto non del tutto inverosimile: in ogni modo essa avrebbe non introdotto ma solo estesa la portata della *a. rei uxoriae* (7), punto di secondaria importanza di fronte all'amplissimo sviluppo giurisprudenziale dell'istituto dotale. — La legislazione — non però repubblicana ma imperiale — pare sia intervenuta a portare delle riforme riguardo alla *conventio in manum*. Delle varie forme di potestà del *pater familias* la *manus* rappresenta, come è noto, il tipo più arcaico e che quindi più rapidamente si esaurisce già nell'epoca classica. Dei tre modi d'acquisto la *confarreatio* è di uso assai ristretto e si conserva si può dire solo per riguardi religiosi: appunto all'inizio dell'impero una legge (8) dovette intervenire a salvarla della completa desuetudine eli-

---

(1) Trattando dell'intervento della legge comiziale a crear norme di diritto privato, si prescinde dall'intervento dei comizi (curiati) in materia d'arrogazione e di testamento. Formalmente si tratta qui pure di legge: le forme estrinseche (*trinundinum — rogatio — votazione*) si osservano per l'arrogazione come per qualunque legge comiziale (Cic., *de dom.*, 29. 77; Gai, 1, 19; Gell., 5, 19); e anche nel testamento *calatis comitiis* è verosimile che il popolo in origine votasse (Mommsen, *Röm. Forsch.*, 1, 270; *Droit publ.*, 6, 1, 363). Qui non si tratta dell'introduzione di norme giuridiche nuove, ma dell'esercizio da parte dello Stato di un supremo controllo nei due atti individuali più gravi per le loro conseguenze. Del resto il nostro concetto tecnico di legge non si può trasportare nel concetto e nella terminologia romana.

(2) *Lex Iulia et Titia.* Si aggiunga, nell'impero, la *l. Claudia* (797-802|44-49) che abolì la tutela agnatizia delle donne.

(3) Lange, *Röm. Altertümer*, 1, 127; 2, 659.

(4) Tac., *Ann.*, 12, 6.

(5) Mommsen, *Dr. pénal*, 2, 407, n. 3; Karlowa, *R. R. G.*, 2, 175.

(6) Cfr. le congetture, in gran parte fantastiche, di Voigt, *Die lex Maenia de dote*, 1865; e *R. R. G.*, 1, 797, n. 24.

(7) In questo senso anche Girard, *Manuale*, pag. 968. Per l'origine pretoria dell'*a. rei uxoriae*, v. Esmein, in *N. R. H.*, 1893, pag. 152.

(8) Tac., *Ann.*, 4, 16; Gai, 1, 134; cfr. Suet, *Aug.*, 31; Dio C., 54, 36. Trattarsi

minandone l'effetto civile e lasciando sopravvivere solo l'efficacia religiosa. Più a lungo si conserva la *coëmptio*, ma di preferenza come strumento ad altri fini (*coëmptio fiduciaria*). Diversamente per il terzo modo, l'*usus*: per esso la *conventio in manum* avviene non per mezzo di una formalità che si deve compiere, e che si può quindi omettere, bensì automaticamente col decorso del tempo, ed è una formalità (la *trinoctii usurpatio*) che occorre compiere periodicamente per impedirne l'effetto: qui pertanto la desuetudine non poteva da sola avere efficacia, ed occorreva una statuizione positiva. Noi sappiamo che l'*usus* esiste al tempo di Cicerone (Gell., I, § 12) e non più al tempo di Gaio, il quale (I, 111) afferma che *hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est*. A quali leggi — certo non molto antiche — si alluda è impossibile precisare: a me non sembra improbabile che nel suo vasto corpo di legislazione matrimoniale Augusto provvedesse anche ad eliminare questo residuo d'un antico sistema: ipotesi resa verosimile sia dall'espressione di Gaio (*leges* per antonomasia sono spesso la *l. Iulia et P. Poppaea*) sia forse anche dalla tendenza delle leggi augustee. Che il « *partim legibus* » di Gaio si riferisca ancora solo alle XII tavole che introdussero il *trinoctium* non pare probabile, perchè Gaio allude a una decadenza complessiva, che abbraccia tutto l'istituto compresa la norma decemvirale.

Nei diritti reali, le fonti non danno notizia che di due norme legislative, entrambe in materia di usucapione: la prima (*lex Atinia*) non è che il complemento di analoga norma decemvirale intorno al divieto d'usucapire le cose furtive (1), la seconda (*lex Scribonia*) esclude l'applicazione dell'*usucapio* alle servitù: disposizione di cui ignoriamo la effettiva portata ma che fu forse ispirata da preoccupazioni di polizia stradale o edilizia (2), alle quali materie si riferiscono le disposizioni che limitano la grossezza delle pareti e l'altezza delle case, nelle quali non v'è argomento sicuro per scorgere delle leggi comiziali (3).

Nella vastissima materia delle obbligazioni e delle azioni la scarsità dell'opera legislativa è ancora più notevole di fronte alla multiforme produzione della giurisprudenza e del pretore. I comizi non intervengono che o per dettare norme penali o in occasione di speciali necessità economiche e sociali: al primo concetto risponde la *lex Aquilia*, al secondo da un lato la

---

di una legge sembra sicuro da Tacito: dubbio è il nome (*Claudia* secondo LANGE, *Röm. Alt.*, 2, 731; LIEBENAM, in *Pauly-Wissowa*, v. *comitia*, 4, 714; *Asinia Antistia* secondo HUSCHKE: sarebbe in tal caso del 24 d. C.).

(1) È una disposizione di tipo penale: l'analogo divieto per la *res vi possessae* era contenuto nella *l. Plautia* e nella *l. Iulia*, che si occupavano del *crimen vis*.

(2) Cfr. forse la *l. Scribonia viaria*, 704|50.

(3) M. VOIGT (*Die römische Baugesetze*, in *Berichten der Kön. Sächs. Gesell. d. Wiss — Phil hist. Class*, LV (1903), pag. 180 e seg.), identifica tre leggi, che colloca una verso la metà del VI secolo — una sotto Augusto — una sotto Nerone dopo l'incendio del 64.

ex Plaetoria per salvaguardare i minori (1); e dell'altro la *lex Cincia* col nuovo e severo regime delle donazioni: in sostanza è lo stesso concetto economico che informa le leggi suntuarie e *de sponsu*, mentre a considerazioni democratiche si ispirano le leggi che riducono il tasso dell'usura. Se il divieto dell'*a. communi dividundo* contenuto in una *lex Licinia* si riferisce all'alienazione di quota fatta a un *potentior* (2), le ragioni che l'hanno ispirata sembrano essere analoghe.

Ancora preoccupazioni d'interesse pubblico ispirano — in materia successoria — le leggi che successivamente, in vario modo e con vari effetti limitarono le liberalità per legato o donazione *mortis causa*. La libertà incondizionata di legare, riconosciuta fin dalle XII tavole, riceve da quelle leggi *Furia — Voconia — Falcidia*) uno strappo gravissimo, reso necessario dalla viva preoccupazione di tener in piedi il testamento, evitando che l'*heres scriptus* non trovi convenienza ad accettare l'eredità (3). Nel medesimo campo — per esaurire l'esame — la *lex Iunia Vellaea* (circa 781[18) elimina, in misura più larga che non i precedenti spunti giurisprudenziali, le rigide norme civili sulla rottura del testamento per sopravvenienza di *heredes sui*: riforma che se fu largamente sorpassata nello sviluppo posteriore, rappresenta peraltro una profonda e grave innovazione (4). Non occorre parlare della *lex Iulia de vicesima hereditatum* che è legge fiscale, nè giova insistere sull'oscura *lex Glitia* che, secondo l'opinione più accreditata, avrebbe un contenuto processuale (5).

Riassumendo, l'intervento della legislazione comiziale nel campo del diritto privato è ispirato esclusivamente a ragioni immediate di interesse pubblico. Si comprende perciò come si sia senz'altro sostenuto (6) che nell'antitesi romana tra *jus publicum* e *jus privatum* (7), tutte quelle leggi devono senz'altro assegnarsi al primo membro; il che è forse alquanto eccessivo (8), perchè col dar soverchio peso alle ragioni di interesse pubblico che concorrono colle private si corre rischio di rendere il concetto di *jus privatum*

---

(1) Cfr. anche una *l. Claudia de aere alieno filiorum familiarum*, 800[47, che precorse il SC. Macedoniano.

(2) MONNIER, in *N. R. H.*, XXIV (1900), pag. 78.

(3) GAI, 2, 224; pr. I, 2, 22, la *l. Falcidia* aveva anche preoccupazioni fiscali.

(4) Anche la norma per cui la diseredazione dei postumi, se maschi, dev' essere nominativa (GAI, 2, 134) può essere indizio del ritegno con cui la riforma si è introdotta.

(5) Secondo EISELE (*Zur Querela inofficiosi* in *Z. S. St.*, XV (1894), pag. 287 e seg.) avrebbe sottratto ai *Cviri* alcuni casi di *querela inofficiosi*, deferendoli a uno speciale tribunale di *VIIviri* (l. 7, 28, 31, D. 5, 2).

(6) PACCHIONI, *Corso di dir. rom.*, 1, 119.

(7) ULP., l. 1, § 4, D. 1, 1; §, 4, I, 1, 1. Che l'*jus publicum* abbracci anche norme relative al diritto privato è opinione prevalente: cfr. GIRARD, *Manuale*, pag. 14, n. [illegible] [n. d. trad.]: per un concetto più ristretto è PEROZZI, *Istituz.*, I, 64. La complicata evoluzione terminologica sostenuta dal VOIGT (*Ueber die privatrechtlichen Rechtsgeschäfte des älteren Römischen jus publicum*, in *Berichten der Kön. Sächs. Gesell. d. Wiss. — Phil. hist. Class.*, LV (1903), pag. 7 e seg.) non mi pare per nulla sicura.

(8) BAVIERA, *loc. cit.*, pag. 210.

qualcosa di evanescente. Certo è ad ogni modo che quante volte il magistrato interrogò i comizi legislativi in materia di diritto privato non si trattò mai nè di formulare statuizioni fondamentali ed organiche, nè di secondare o accelerare l'evoluzione logica del diritto privato sulle sue basi tradizionali; si trattò invece sempre di parziali deviazioni, di strappi imposti da esigenze estrinseche allo sviluppo naturale dell'evoluzione (1).

A quest'eccezionalità dell'intervento comiziale nel campo del diritto privato parrebbe potersi muovere, dal punto di vista estrinseco, un'obbiezione fondamentale: le XII tavole e la legislazione augustea, con cui la produzione legislativa di diritto privato si apre e si chiude, non rappresentano statuizioni singole e sporadiche, bensì due complessi organici e grandiosi di norme che si riferiscono a interi rami fondamentali o a tutto quanto il diritto privato. Le prime sono, nella tradizione romana, la fonte del diritto per eccellenza (Liv., 3, 34, *fontes publici privatique iuris*); le seconde, abbracciando buona parte del diritto matrimoniale e successorio (oltre quelle sugli schiavi), sono un vasto corpo intorno a cui si svolge una gran parte dell'attività giurisprudenziale posteriore (2) e che merita, come le XII tavole, l'antonomastica designazione di *leges*. — Il valore di questa doppia obbiezione è più apparente che reale: essa può anzi servire a meglio chiarire, e per un certo verso a riconfermare la tesi.

Quanto alla legislazione d'Augusto sarebbe facile rispondere che mal si argomenta intorno ai rapporti normali e ordinarii tra le varie fonti del diritto dalla produzione legislativa di un'epoca affatto anormale come è quella in cui la romanità esausta da un periodo ininterrotto di guerre civili affidò ad Augusto il cômpito di gettar le basi di una nuova e salda organizzazione famigliare e sociale. A me importa piuttosto rilevare il suo carattere intrinseco. Essa rappresenta il caso tipico di un sistema di leggi eccezionali, solo spiegate da quel complesso di circostanze che facevano sentire il bisogno di

---

(1) Questa particolarità di Roma per cui lo sviluppo del diritto privato è sottratto di regola all'intervento diretto degli organi legislativi, ed ha nella giurisprudenza e nel pretore due organi proprî, rappresenta senza dubbio un inestimabile vantaggio. Ridotto a casi affatto eccezionali l'intervento dei comizi, per loro natura troppo influenzati da ragioni politiche, il diritto privato si svolge in modo più uniforme, più graduale, più logico, e così più facilmente si conforma al mutarsi delle condizioni. Il diritto pubblico romano, che ha per base la *civitas*, per organo preminente l'assemblea cittadina, non potè andar di pari passo col progresso politico di Roma: di qui — come necessaria conseguenza — la crisi che determinò il sorgere del principato: il diritto privato continuò, dopo l'estinzione delle libertà politiche, il suo meraviglioso progresso, e trovò in sè, per virtù dei suoi organi, una facoltà di adattamento che, plasmandolo alle condizioni ed ai bisogni nuovi, gli permise di adempiere la sua missione civilizzatrice attraverso la storia. Non a torto, insigni giuristi desiderarono anche per il diritto odierno una analoga differenziazione di organi. (Filangieri, Savigny, spec. Schrader, *L'editto pretorio dei romani adattato alle nostre circostanze, mezzo principale di riforma adeguata e perpetua del nostro diritto*).

(2) Cfr. i commentarii alla *l. Iulia et Papia Poppaea* di Mauricianus (libri 6); Marcellus (libri 6); Gaius (libri 15); Terentius Clemens (libri 20); Paulus (l. 10); Ulpianus (libri 20). Cfr. Ferrini, in *Rendic. del R. Istit. Lombardo di Sc. e Lett.*, 1901, pag. 303 e seg., 324 e seg.

una riforma radicale. La nuova legislazione matrimoniale, coll'obbligo al matrimonio entro determinati periodi della vita, colle pene dei celibi e degli orbi e i corrispondenti premi per i padri e le madri di prole numerosa, col sistema fiscale e delatorio da essa introdotto per assicurarsi esecuzione, rappresenta — intrinsecamente considerata — una fra le più tiranniche ed arbitrarie legislazioni di diritto privato che la storia ci faccia conoscere; e il radicale sconvolgimento da essa portato in tema di diritto successorio doveva ben più che a noi ai Romani parere una formidabile e ripugnante innovazione ad un sistema vetusto che i precedenti plebisciti non avevano intaccato che con statuizioni parziali.

La difficoltà che provò Augusto (1) per strappare ai comizi l'approvazione della sua legge, la fecondità con cui si escogitarono e si attuarono i più svariati ripieghi per eluderla, mostra come queste disposizioni per la coscienza pubblica rappresentavano, come erano realmente, un'anomalia mostruosa. E in sostanza non è a dire diversamente dell'altro lato di questa legislazione, relativo al regime delle manomissioni. La libertà assoluta del *pater familias* di manomettere gli schiavi con piena efficacia giuridica era connaturata all'intima organizzazione della famiglia romana: e questa originaria libertà non aveva avuto nel corso dell'evoluzione che uno sviluppo sempre più liberale, in quanto il pretore, esplicando la sua attività integratrice, aveva, col decadere delle forme quiritarie della manomissione, assicurato una tutela anche alle manomissioni non formali. Mai lo Stato non aveva pensato di invadere la sfera dell'autonomia famigliare al punto di limitare nel *paterfamilias* l'esercizio di quel diritto (2). Solo in via amministrativa provvedevano i censori ad attenuare gli effetti dannosi col fare ai liberti una posizione inferiore riguardo all'esercizio dell'*jus suffragii*; ma — pure in questa materia dei suffragi — la legislazione comiziale intervenne sempre nel senso più liberale (3). Soltanto la suprema preoccupazione di salvare la romanità dall'imminente pericolo di corruzione indusse Augusto a promuovere le radicali riforme della *lex Fufia Caninia* (4) e *Aelia Sentia* (5).

Quanto alle XII tavole l'obbiezione può sembrare più grave. E per converso può sembrare che le considerazioni dianzi esposte sul carattere eccezionale e sporadico dell'intervento legislativo nel campo del diritto privato

(1) SUET, *Aug.*, 34.

(2) Tale non è, come si è detto, la portata della *l. Manlia de vicesima manumissionum*.

(3) Delle leggi note che regolarono il suffragio dei libertini, sei (*l. Terentia* 565[189; *Sulpicia*, 666[88; *Papiria*, 670[84; *Manilia*, 687[67; *Manlia ?*, 696[58; *Clodia ?*, 701[53) sono in tal senso: una sola (*l. Aemilia*, 639[115) incerta.

(4) Di *L. Caninius Gallus* e *C. Fufius Geminus coss.*, 752[2, coppia rivelata da un'iscrizione scoperta nel 1906 a Roma (cfr. GATTI, *La vera data della l. Fufia Caninia rivelata da un'iscrizione*, in *Bull. dell'Istit. di dir. rom.*, XVIII, 115).

(5) Di *S. Aelius Catus* e *C. Sentius Saturninus coss.* 757[4. Mentre le preoccupazioni sociali imponevano quelle leggi eccezionali, un'altra legge di cui non è sicuro il nome e la data (*l. Iunia* [*Norbana*] 772[19 ?) diede un assetto definitivo al regime delle manomissioni non formali.

siano un argomento per quanti seguendo l'ipotesi radicale del Lambert negano alle XII tavole il carattere d'opera legislativa. Di fronte alla scarsità, alla timidità con cui l'attività comiziale interviene in quel campo, come ammettere — fin dagli albori dell'epoca storica — un sistema complesso ed organico di legislazione privata? Agli argomenti storici e filologici addotti d'ogni parte contro la tradizione sembra aggiungersi quest'altro: essere più consono el sistema romano delle fonti vedere nelle XII tavole una compilazione di antiche norme, aventi origine nei *mores* ed elaborate dalla prassi pontificale, una raccolta insomma di *ius civile* nel suo significato più genuino e tecnico (1).

Io credo che induzioni di questo genere siano fallaci. Il carattere organico della legislazione decemvirale è, press'a poco, come il suo preteso carattere civile e progressivo, un'illusione dovuta principalmente al fatto che noi parliamo e discutiamo delle XII tavole sotto l'impressione di quanto ne dicono gli scrittori della tarda epoca repubblicana o dell'impero, Cicerone particolarmente e Tito Livio, i quali, per quell'orgoglio nazionale che è tra i Romani caratteristico, celebrano in quella vetusta opera legislativa la fonte di tutto il diritto, la base di ogni dottrina giuridica (2). In realtà l'esame diretto e spassionato delle disposizioni delle dodici tavole che — come a ragione fu osservato — si possono ritenere conservate nella quasi totalità (3), non dura fatica a sfatare quella grandiosa illusione: come il preteso carattere civile cede il posto a un tipo di legislazione abbastanza barbarico, così, in luogo d'un carattere organico e sistematico, si rivela nient'altro che una serie mal connessa di norme speciali.

Formalmente sembra mancare un vero ordinamento sistematico (4): sostanzialmente, come in genere nelle legislazioni primitive, le norme di procedura e di diritto penale hanno la parte preponderante, e larga parte hanno le norme di polizia ispirate da preoccupazioni edilizie o sanitarie, o più

---

(1) Tale è il tipo delle disposizioni conservate, specialmente da Dionigi d'Alicarnasso, sotto il nome di leggi regie: esse infatti, a parte gli elementi estrinseci che denotano la loro redazione relativamente recente, hanno intrinsecamente il carattere di norme tradizionali di tipo religioso formulate dalla giurisprudenza pontificale: una loro sottoposizione ai comizi sarebbe anche intrinsecamente assurda. Per le *leges regiae* e la loro raccolta che costituisce l'*jus Papirianum* (l. 2, § 2-7, D. 1, 2) cfr. spec. GIRARD, *Textes de droit romain*, 1903, pag. 3, e la bibliografia ivi citata: inoltre LAMBERT, in *Mélanges Appleton* (1903), pag. 555; ZOCCO ROSA, *Ius civile papirianum*, in *Riv. It. di sc. giur.*, XXXIX (1905), pag. 73 e seg.; BAVIERA, *I monumenta di Manilio e l'jus papirianum*, in *Arch. giur.*, LXXI, pag. 255 e seg. = *Scr. giur.*, 1, 37; COSTA, *Storia delle fonti del dir. rom.*, pag. 2. Le cinquanta leggi che Servio Tullio avrebbe fatto votare ai comizi sui contratti e i delitti, sono una mera invenzione.

(2) LIV., 3, 34, *fons publici privatique iuris;* CIC., *de or.*, 1, 43, *totam civilem scientiam.*

(3) La scoperta delle *Istituzioni* di GAIO, in cui pure alle XII tavole è fatta una parte relativamente larga, aggiunse ben poco alle nostre cognizioni precedenti.

(4) Le due ultime tavole sarebbero, stando alla tradizione, una appendice con norme eterogenee (calendario MACROB., *Sat.*, 1, 13, 21; *jus connubii*, CIC., *de rep.*, 2, 36). I tentativi di ricostruzione (DICKSEN, VOIGT, SCHÖLL, NIKOLSKI) sono basati specialmente sull'ordine dei commentari di GAIO: criterio certo poco preciso (cfr. GIRARD, *Textes*, pag. 11) ma almeno largamente approssimativo.

forse da ragioni religiose. Le disposizioni relative veramente al diritto privato si riducono a poca cosa: anzitutto gli istituti più caratteristici e fondamentali dell'*jus civile* nelle XII tavole non sono regolati ma semplicemente presupposti: invano si cercherebbe di trarre dalle XII tavole un disegno sia pure sommario del diritto privato di Roma primitiva, i principii fondamentali che reggono la famiglia, la proprietà, la successione.

La patria potestà è ricordata solo per limitare a tre volte il diritto del *pater familias* di vendere il figlio (1); come non è ricordata la potestà maritale se non per permettere, mediante la *trinoctii usurpatio*, la interruzione dell'*usus*. Ed è naturale nel concetto romano del matrimonio — istituto più sociale che giuridico — che nessuna disposizione ad esso relativa si faccia risalire ai *Xviri* (2), tranne il divieto del *connubium* tra patrizi e plebei, conservato per ragioni politico-religiose.

Nel campo dei diritti reali non c'è che la determinazione dei due termini fissi per l'usucapione (3) e una serie di limitazioni di essa, ispirate a ragioni religiose o di polizia (4), nonchè scarse disposizioni sui rapporti tra vicini (5). In materia poi d'obbligazioni la scarsità delle norme è anche maggiore, il che corrisponde del resto all'evoluzione che il sistema delle obbligazioni ebbe nel diritto romano: fonte originaria delle obbligazioni è il delitto, di qui la parte che hanno nelle XII tavole le norme penali, quale è, per citare un esempio, anche la disputata *actio depositi in duplum* ricordata da Paolo (*Sent.*, 2, 12, 11): l'unica norma di portata veramente larga è forse quella che riconosce la validità delle *nuncupationes* aggiunte sia al *nexum* che alla *mancipatio* (6), per la quale può restar dubbio se si tratti di una novità introdotta dai *Xviri* o della codificazione di un principio già riconosciuto dalla pratica: una prima mitigazione al rigore formalistico di quelle due cerimonie quiritarie.

Più larghe furono certo le riforme delle XII tavole in materia successoria e in quella strettamente affine della tutela, quantunque gli enimmi che involgono le origini di tali istituti non permettano rilevarne con tutta sicurezza la portata.

---

(1) *Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto;* GAI, 1, 132; ULPIANO, 10, 1: cfr. GAI, 4, 79; DIONYS, 2, 27, L'istituto dell'emancipazione si è svolto su questa base per opera della giurisprudenza, ma la norma delle XII tavole ha carattere repressivo: forse in origine il *filius familias* venduto, e poi manomesso dall'acquirente, ricadeva *in potestate patris « quasi iure postliminii »*. Cfr. KÜBLER in *Z. S. St.*, XXIV, 454; opinione più verosimile di quella che scorge nel precetto decemvirale la estensione di una facoltà che prima avrebbe potuto esercitarsi solo una volta; così STOCKAR, *Entzug der väterlichen Gewalt im Röm. Recht.*, Zurigo, 1903.

(2) Al più (CIC., *Phil.*, 2, 28, 69; cfr. GAI, 44 (43), D. 48, 5) avrebbero stabilito delle formalità per il ripudio.

(3) CIC., *Top.*, 4, 23.

(4) Il divieto d'usucapione dei *quinque pedes* (CIC., *de leg.*, 2, 24, 61); del *forum et bustum (ibid.)*; della *res furtivae* (GAI, 2, 45).

(4) Cfr. le norme usualmente assegnate alla VII tavola, n. 8-10.

(6) *Si nexum faciet mancipiumve uti lingua nuncupassit ita ius esto*, CIC., *de orat.*, 1, 57.

Certo è che il testamento è dalle XII tavole presupposto: ad esse non è dai giureconsulti richiamata alcuna delle norme sostanziali o formali, sulla capacità di testare o sulla forma dei testamenti; non una delle regole caratteristiche della successione testamentaria, e dei suoi rapporti colla legittima. La successione testamentaria ha nelle XII tavole il primo posto, sebbene non vi figuri: esse non si preoccupano che di regolare la successione in mancanza di testamento: come pure, in mancanza di tutore testamentario, ordinano la tutela agnatizia (1) e parallelamente istituiscono la cura del prodigo e del *furiosus*. La massima della divisione delle obbligazioni ereditarie tra coeredi, — ispirata al riguardo pei debitori — e l'altra *pater familias uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto* che da un lato sancisce la libertà di legare, e dall'altra ammette la possibile diversità tra la persona del tutore e quella dell'erede, paiono le due uniche norme di portata veramente larga e che tracciano un solco profondo nel sistema del diritto. Nel complesso non sembra quindi eccessivo ritenere che anche le norme del diritto privato delle XII tavole hanno al pari delle altre statuzioni legislative, un carattere eccezionale e sporadico.

Risalendo ad un ordine di idee più generale, questo principio per cui la *lex* occupa, tra le fonti dell'*jus privatum*, un posto eccezionale riceve una conferma anche dalla terminologia delle fonti.

I due termini *ius* e *lex* si trovano assai spesso accostati in testi sia giuridici che letterarii, e se in molti casi questa geminazione rappresenta un semplice ἓν διὰ δυοῖν (2) in molti altri vi è senza dubbio una diversità, se non nella sostanza almeno nell'atteggiamento del concetto. Le varie opinioni emesse al riguardo coincidono, per lo più, con formulazioni più o meno felici (3), nello stesso pensiero: *ius* rappresenta l'essenza del diritto nel suo complesso, *lex* rappresenta la norma nella sua origine concreta e nei suoi termini espressi: *ius* è il sistema giuridico come tale, *lex* la statuizione positiva speciale che per soddisfare a bisogni nuovi viene ad aggiungersi al corpo preesistente (4). La distinzione ha riscontri anche in altri diritti: tipica

---

(1) Gai, 1, 155.

(2) Così per lo più nei testi legislativi in cui la frequenza di sinonimi è caratteristica: cfr. *l. Cornelia de XX quaestoribus* (Bruns, *Fontes*, pag. 89) « jous lexque esto » — « quo iure qua lege »; *l. Antonia de Termesibus* (Bruns, pag. 92) 2, 18, « quae leges quodque ius »; *l. de Gallia cisalpina* (Bruns, p. 97), l. 21-22 « s(iremps) res lex ius caussaque »; *l. Coloniae Genetivae* (Bruns, pag. 122), c. 66, 79, 124, « qui optima lege optimo iure » — « lex iusque esto » — « jure lege recteque facere liceto »; *l. Quinctia* (Bruns, pag. 118); *l. Narbonensis de flamonio provinciae* (Bruns, pag. 141): cfr. *S. C. de Aphrodisiensibus* (C. I. Gr., 2, 273) 2, 8: τῷ καλλίστῳ δικαίῳ καλλίστῳ τε νόμῳ. Per esempi letterari cfr. specialmente May, *Sur quelques exemples de gémination juridique dans les auteurs littéraires latins*, in *Mélanges Gérardin*, 1907, pag. 402 e seg.

(3) Per la critica delle opinioni divergenti (Kuntze, *Krit. Ueberschau*, 2, 189 *lex* = elemento patrizio; *jus* = elemento plebeo; Huschke, in *Z. R. G.*, 7, 168, *jus* = diritto anteriore alle XII tavole; Karlowa, *Röm. Civilproc.*, pag. 9, *lex* = e diritto elaborato dai pontefici; *jus* = quello che si svolge dalla giurisdizione); cfr. Mitteis, *Röm. Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, 1, pag. 31.

(4) Mommsen, *Droit public*, 6, 1, pag. 353; cfr. Lambert, in *Mélanges Appléton*, 1903, pagg. 553 e 558.

nel diritto inglese l'antitesi tra il diritto comune (*common law*) e il diritto statutario (*statute law*) (1). Dalle considerazioni dianzi svolte riesce palese che il campo in cui quest'antitesi concettuale deve manifestarsi più saliente, è quello del diritto privato perchè ivi appunto, a differenza del diritto pubblico, la *lex* ha, di fronte alle norme di diversa origine, una parte più limitata. Tutto il complesso organico del diritto privato romano, i suoi istituti fondamentali, il suo svolgimento logico è, come si è detto, quasi completamente al di fuori di ogni diretta ingerenza legislativa; è la evoluzione e l'elaborazione di un patrimonio giuridico primitivo: ora appunto, come già era stato intravisto (2) e come recentemente fu meglio chiarito dall'Ehrlich (3), a questo complesso di istituti si applica dai romani il termine di *ius civile* nel suo significato più ristretto e più specifico: così Pomponio, attingendo propabilmente da Varrone (l. 2, § 12, D. 1, 2): *est proprium ius civile quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* (4). L'antitesi originaria sembra essere appunto tra *ius civile* e *lex*, tra *civilis* e *legitimus* (5). Così, per limitarmi ad esempii ciceroniani che desumo dal May (6): Cic., *Orator*, 34, 120, *quid est enim turpius quam legitimarum et civilium controversiarum patrocinia suscipere, cum sis legum et civilis iuris ignarus?*; *de off.*, 1, 16, 51, *legibus et iure civili*; 3, 17, 69, *aut lege sanciri aut iure civili*; *de legibus*, 1, 21, 56, *civilis iuris et legum*; *de orat.*, 1, 5, 15, *legum ac iuris civilis scientia*; 1, 34, 159, *perdiscendum ius civile, cognoscendae leges*; 1, 43, 193, *iure civili ac legibus*; 1, 10, 40, *ignarum legum, rudem in iure civili* (7).

Conforme all'esposto concetto di *ius* e *lex*, l'antitesi non è tanto di cor-

---

(1) Cfr. BOUTMY, *Psycologie politique du peuple anglais*, p. 255: « La « *statute law* » .... n'est que la branche cadette d'un famille où la jurisprudence et les usages continuent à figurer près d'elle, avec une dignité supérieure sinon avec une autorité égale ».

(2) Per es., dall'HUGO, *Storia del dir. rom.*, tr. Arlia, Napoli, 1856, pag. 164, citato in PACCHIONI, *Corso*, 1, 106, n. 1.

(3) *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, parte I, *Das jus civile, jus publicum, jus privatum*, Berlin, 1902.

(4) Cfr. GAI, 3, 82, pr., I, 3, 10, *jus quod consensu receptum est*.

(5) Così talora anche *justus*, in antitesi a *legitimus*: cfr. *justa aetas* (l. 16, D. 49, 14) la pubertà: *legitima aetas* i 25 anni della *l. Plaetoria* (l. 32, § 2, D. 26, 2; 1, pr., D. 27, 7; 20, § 1, D. 34, 3; 41, pr., D. 46, 1; 2, C. Th., 8, 12). Quanto all'uso di *legitimae nuptiae*, *l. liberi*, il MITTEIS (*op. cit.*, pag. 37, n. 23) ripudiando in base a *Tab. Salp.*, c. 21, l'opinione dell'EHRLICH (*op. cit.*, pag. 55) che li riferisce alla *l. Iulia et P. Poppaea*, avanza dubitativamente l'ipotesi di un influsso di una *lex* antica, forse il plebiscito Canuleio. *Legitimus* acquista in seguito un significato più largo, in antitesi a *honorarius* (cfr. BONFANTE, *Dir. rom.*, pag. 118), per acquistarne poi uno anche più generico. In alcuni casi (p. es. *legitimum tempus*, etc.) è certo trattarsi per lo più di un'interpolazione. Per l'antitesi tra *jus praetorium* e *jus legitimum*, cfr. specialmente GAI, 4, 34, 76, 110, 111, 118.

(6) *Loc. cit.*, pag. 409-410.

(7) L'ultimo testo si presta, anche linguisticamente, a dare una conferma all'antitesi accennata: la *lex* è una norma o una serie di norme concrete, di articoli che bisogna sapere materialmente: quindi *ignarus* chi non lo sa: l'*jus civile*, come complesso, più che di norme staccate, di criteri generali ed organici richiede, più che *cognizione* in senso stretto, una coltura, un senso, un tecnicismo giuridico di cui chi manca è *rudis*.

relazione quanto di subordinazione: la *lex* è fonte anch'essa di diritto, perchè il popolo col suo *iussus* appunto non fa se non acconsentire a che la statuizione nuova diventi *ius* ossia si aggiunga al patrimonio giuridico tradizionale: ma come fonte secondaria ed eccezionale si colloca concettualmente in antitesi colla fonte normale (1). In questo sembra a me inesatta l'opinione dell'Erman (2) il quale, ponendosi il problema da quando il diritto legislativo e il diritto giurisprudenziale siano stati riassunti in un concetto unico, che si è poi designato colla qualifica di *ius civile* in senso più largo, crede che ciò sia avvenuto fin da quando fu riconosciuta la *lex* come fonte di diritto, ossia fin dalle XII tavole, per chi ne ammette l'autenticità (3): con ciò si esaurisce praticamente l'antitesi sopra accennata, riportandola ad una fase preistorica. Invece la necessità di riassumere quelle due fonti, l' *ius quod consesu receptum est* (= *j. civile*) e l'*jus* che ha sua base nell'*jussus populi* (= *lex, j. legitimum*), in un concetto unico e di formularlo per conseguenza con un'espressione unica — poichè qui, come in tante questioni, mal si può scindere il lato concettuale dal lato terminologico — non può esser sorta se non quando si cominciò ad avere una terza nuova fonte di diritto con caratteri proprii, in antitesi alla quale le due preesistenti si trovarono unite da caratteri comuni. La nuova fonte fu l'editto del pretore: la nuova e più profonda antitesi tra il diritto costituito, trovi esso la fonte nelle istituzioni primitive o nelle deliberazioni comiziali, e questo diritto nuovo che il pretore viene creando, con mezzi proprii e con efficacia propria fece necessariamente attenuare l'antitesi primitiva e per lo più di fronte all'*jus praetorium*, o *j. honorarium* non si ebbe che un membro solo, l'*jus civile* in senso lato. E qui meritamente l'Erman (4) accagiona l'Ehrlich di avere trascurato questo secondo e più ampio significato di *jus civile* (5) in cui si comprende anche la *lex* in antitesi alle creazioni pretorie e soprattutto di collocare l'origine di questa nuova antitesi in un'epoca troppo recente. Non già solo al tempo di Scevola, ma in giuristi anteriori (6) e perfino in Cicerone (7) di fronte al diritto pretorio si qualifica come *jus civile* in senso largo tanto l'*jus quod ex consensu receptum est* quanto l'*jus legitimum* basato sulle XII tavole e le leggi posteriori. È questo il dualismo di prammatica nel diritto pri-

---

(1) Cfr. Cic., *pro Balb.*, 8, 21; cfr. *in Verr.*, 2, 1, 41; *pro Caec.*, 73 — 75 *leges de iure civili* = leggi che riguardano, che intaccano, che modificano l'*jus civile.*

(2) *Recht und Praetor*, in *Z. S. St.*, XXV, 1904, pag. 321.

(3) Anzi *lex publica*, detto genericamente, sono per lo più le XII tavole: cfr. specialmente Mommsen, Δωδεκάδελτος in *Mél. Boissier*, 1 e seg.

(4) In *Z. S. St.*, XXIV, 1903, pag. 422 e seg.; replica di Ehrlich, in *Grünhut's Zschr. fr. Priv. und öff. Recht.*, XXXI, 1904, pag. 331 e seg.; di nuovo Erman, in *Z. S. St.*, XXV, pag. 316 e seg., e Ehrlich, *Grünhut's Zschr.*, XXXII, pag. 599 e seg.

(5) *Communi nomine*, Pomponius, l. 2, § 5, D. 1, 2.

(6) Pomponio, l. 2, § 10, D. 1, 2 e 27, D. 50, 17 (corrotto?); Gaio, 4, 112; Papiniano, l. 7, pr. e § 1, D. 1, 1; Ulpiano, 1, § 8, 3, § 1, D. 13, 5.

(7) Cic., *pro Caecina*, 15, 34 « *nam quid agas mecum ex iure civili ac praetorio non habes?* » Un senso affatto generico ha *jus civile* nel noto passo di Cicerone, *Topica*, 5, 28: « *ius civile id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, (iuris) peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat* ».

vato dell'età imperiale (1): il che non toglie che, sia prima che dopo di Scevola, continui sporadicamente, specie nel campo delle azioni, la tripartizione completa (*actio honoraria — a. legitima — a. juris civilis*) (2): è naturale che di fronte all'importanza non solo concettuale ma pratica della distinzione tra *jus civile* in senso lato e *jus praetorium* l'antitesi prima tra *jus civile* e *jus legitimum* perda valore, tanto più che essa nell'impero, da cui le fonti giuridiche provengono, si riduce a non aver più come base che un lontano ricordo storico. La legge comiziale ha cessato, col principio dell'impero, di essere fonte di diritto: le antiche leggi repubblicane e quelle dell'età augustea sotto l'influsso della giurisprudenza che appunto in quell'epoca comincia ad assumere un carattere sistematico, si amalgamano per così dire nel complesso delle fonti *juris civilis* e a traverso quest'elaborazione perdono ogni ragione d'antitesi colle altre norme di origine tradizionale che costituiscono l'ossatura del sistema.

La riprova di questo sviluppo è la fase ulteriore di questo processo assimilativo che si delinea già prima della fine dell'età classica riguardo al diritto pretorio. La codificazione dell'editto sotto Adriano gli toglie quella che era stata la sua caratteristica più singolare di fronte alle altre fonti del diritto privato, e se la sopravvivenza pratica di una serie di particolarità, specie processuali, impedisce un'assimilazione completa, la giurisprudenza, resasi padrona anche di questa fonte, la svolge e la elabora in modo che intorno allo schema edittale si forma un intero corpo organico, il sistema del diritto pretorio, complemento necessario al sistema dell'*jus civile* sulla base di Sabino e di Q. Mucio. Qui appunto dopo il tramonto dell'età classica nel periodo romano ellenico, risorge il binomio *jus* e *lex*. Il valore dei termini è mutato (3), ma il concetto informatore dell'antitesi è ancora lo stesso: l'antitesi cioè tra la massa del diritto preesistente e le disposizioni speciali nuove. L'*jus antiquum* è tutto il complesso del diritto — qualunque ne sia l'origine, o nella prisca consuetudine, o nelle leggi comiziali, o nell'editto del pretore, o nei senato-consulti a cui si è finito per riconoscere efficacia di legge — che la elaborazione de' giureconsulti imperiali ha tramandato: *leges* sono la nuova fonte del diritto, ossia le *constitutiones* degli imperatori: tale è il valore dei due termini fino a Giustiniano (4).

---

(1) Cfr. WLASSAK, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der Klassischen Juristen* (pag. 1-96, *Der Rechtsdualismus in der Kaiserzeit*).

(2) Vedi esempi in ERMAN, *Z. S. St.*, XXV, pag. 327 e seg.

(3) Anche in *civilis* è svanito l'antico significato: non è più l'antitesi specifica con *legitimus*, e neppure quella più larga con *honorarius*; come non è neppure l'altra antitesi classica, che muove da un diverso punto di vista, tra *civilis* e *naturalis*. Nelle costituzioni giustinianee (cfr. Vocabolario del LONGO, in *Bull. dell'Istit. di dir. rom.*, 1898), *civilis* è quasi sempre in antitesi con *ecclesiasticus*, o *militaris*, o con *crimen*: è oramai il significato che gli è rimasto nel linguaggio forense moderno.

(4) Cfr. l. 25, C. Th., 11, 13; *Nov. Valent.*, 31, 1, § 5; *Consult. vet. jurisc.*, 6, 2; 7, 2, *const. Deo auctore*, § 9, 11: *Pragm. sanct.*, c. 11; vedi KRÜGER, *Historie des sources*, pag. 347. Sono pure caratteristici il *commonitorium* della *l. romana visigothorum* e le *interpretationes* al *C. Th.*, 3, 13, 2 (cfr. C. Greg., 2, 21) in cui la prosecuzione della medesima antitesi tra l'antico e il nuovo fa entrare le costituzioni imperiali nel campo dell'*jus anti uum* di fronte alle fonti novissime.

Forse l'aver rilevato il carattere eccezionale della *lex* tra le fonti del diritto privato romano può contribuire almeno in parte all'intelligenza di un punto della teoria delle fonti che è fra i più disputati e di cui le varie soluzioni proposte non riescono ad appagare completamente. È la famosa distinzione delle leggi in *imperfectae, minusquam perfectae* e *perfectae* posta esplicitamente in un unico testo lacunoso di Ulpiano (1) e limitatamente alla *leges imperfectae* accennata da Macrobio (2). Si può dire che regni l'accordo per quanto riguarda i caratteri distintivi di queste tre categorie: *perfectae* sono le leggi che, vietando un determinato atto, lo dichiarano nullo qualora venga compiuto; *minus quam perfectae* quelle che comminano una pena al trasgressore ma non dichiarano nullo l'atto; *imperfectae* quelle che non comminano nessuna sanzione (3). Un quarto membro, le *leges plus quam perfectae* che, oltre al dichiarare l'atto nullo, irrogano anche una pena, non ha nelle fonti basi sicure. Ma è assai controverso quali leggi siano da assegnarsi alle singole categorie; più controverso ancora è il nocciolo della questione, ossia il modo con cui spiegare questa distinzione caratteristica. Si ritiene a ragione che la tripartizione rappresenti — in generale — tre fasi di uno sviluppo progressivo: la *lex imperfecta* rappresenta il tipo più antico, la *minusquam perfecta* uno stato di transizione, la *perfecta* il punto d'arrivo dell'evoluzione.

Un'opinione diffusa scorge nell'esistenza di *leges non perfectae* una prova del rispetto che aveva l'antica società romana per i diritti individuali, che sarebbero stati menomati da una sanzione completa ed efficace (4); ma venne giustamente osservato (5) che ogni legislazione positiva suppone sempre e necessariamente una limitazione dei diritti individuali.

L'ipotesi a cui accenna fra noi recentemente il Costa (6) per cui questo progressivo rafforzamento della *sanctio* dipende «dal decadimento nel senso civile, il quale in antico doveva bastare di per se stesso a guarentire alla legge valore ed osservanza, senza bisogno di una *sanctio* appostavi» mi sembra rispecchiare un concetto forse troppo ideale delle condizioni dell'antica società romana.

Neppure sembra sufficiente l'ipotesi del Senn (7) a cui è dovuto lo studio più ampio sull'argomento, il quale mette in correlazione lo sviluppo rappre-

---

(1) ULP., *Reg.*, 1 e 2.

(2) MACROB., *de somn. Scip.*, 2, 17. Si ammette generalmente che la tripartizione sia opera della tarda giurisprudenza imperiale e che rimase abolita dalla costituzione di Teodosio II (l. 5, c. 1, 14) del 439.

(3) Cfr. SAVIGNY, *System*, 4, pag. 550; KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte*, 1, pag. 428. A parte la questione dei rimedi che — pure nel regime delle *leges imperfectae* — possono competere.

(4) HUSCHKE, *Nexum*, pag. 120; *Multa*, pag. 86; WINDSCHEID, *Pandekten*, § 61.

(5) KRÜGER, *Histoire des sources*, pag. 25.

(6) *Storia delle fonti*, pag. 41, n. 3.

(7) *Leges perfectae, minusquam perfectae imperfectae*, Paris, 1902. Cfr., in senso conforme, GIRARD, *Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia*, in *Z. S. St.*, XXIX, 1908,

sentato da quei tre termini coi nuovi poteri che la *lex Aebutia* ha accordato al pretore. Che il pretore sia l'organo direttamente incaricato della tutela del diritto, e che quindi ogni ampliamento dei suoi poteri assicuri una più efficace applicazione delle leggi, nessuno ne dubita: ma la tripartizione in parola, quale è esposta dalle fonti, rappresenta non tre gradi diversi di efficacia che possa avere la legge per opera di chi è chiamato ad applicarla, ma tre diversi tipi di legge intrinsecamente caratterizzati dalla diversità della *sanctio* in esse contenuta.

Meglio si mette in rilievo (1) il carattere contrattuale della primitiva *lex* romana; il concetto di un accordo tra i vari e non ancora ben fusi elementi dello Stato esclude di per sè la possibilità di una sanzione efficace. Ma questi concetti trovano la loro sede nel campo della preistoria o ai primi inizi dell'età storica e mal giovano a spiegare la persistenza di leggi *non perfectae* ancora nel VI e VII secolo della repubblica, ossia nel pieno fiore dello sviluppo costituzionale e legislativo di Roma (2); lo stesso dicasi dell'opinione dell'Huvelin (3) che si richiama alla prisca sanzione della *consecratio*.

Io credo che nell'esaminare i casi sicuri e dubbi di *leges imperfectae* o *minus quam perfectae* giovi tener presente non solo la loro natura formale ma specialmente le materie a cui si riferiscono.

Logicamente — a mio avviso — non ci sarebbe ragione di restringere l'applicabilità della tricotomia ad un limitato gruppo di leggi: in tutte le leggi che vietano un determinato atto giuridico o lo subordinano a determinate condizioni è sempre concepibile la clausola che dichiari nullo ed improdut-

---

pag. 118, 134. Il difetto fondamentale della teoria del SENN è appunto — a mio avviso — quello di dare troppa esclusiva importanza all'attività del pretore in rapporto a questa distinzione delle *leges*. Anche ammesso col GIRARD che la facoltà di *denegare actionem* e di concedere l'*exceptio* non risalga assolutamente al di là della *l. Aebutia*, non mi pare si possa negare la possibilità di una *l. perfecta* nel periodo delle *legis actiones*: in concreto, il SENN stesso riconosce essere tale la *l. Voconia* e la ragione da lui data (pag. 105) della impossibilità di una sanzione diversa non è — dal suo punto di vista — molto felice. Nel concetto del SENN pare che la tripartizione sia fatta dai giuristi in base alle risultanze pratiche, indipendentemente dal tenore obbiettivo e formale della legge: così p. es. nella *l. minus quam perfecta* non c'è — secondo lui — (pag. 70 e seg.) una pena comminata *a priori* della legge, ma essa risulta praticamente dalla *poena temere litigantium* che (nella *l. Furia de sponsu* e *testamentaria*) raggiunge il quadruplo in virtù della ingegnosa interpretazione della *manus iniectio pro iudicato*: così — per conseguenza — se il convenuto non fa difficoltà a pagare, la pena non interviene e quindi la *lex* non è più *m. q. p.* (pag. 85). Ma quando riconosce (pag. 125) che nelle *leges imp.* o *m. q. p.* il rimedio dell'*exceptio* concesso dal pretore non è che un ripiego di fronte alla nullità *ipso iure* comminata dalla *l. perfectae* il SENN stesso ammette implicitamente che le tre categorie sono qualche cosa di intrinsecamente distinto.

(1) BAVIERA, *loc. cit.*, pag. 209.

(2) Anche il MITTEIS (*op. cit.*, 1, 248) è d'opinione che quelle categorie siano un indice della inferiorità dei plebisciti e all'obbiezione analoga a quella a cui s'accenna nel testo risponde — dubitivamente peraltro — che può trattarsi del perseverare dello stile legislativo antico, anteriore all'*exaequatio*. Il che mi pare difficile.

(3) *Les tablettes magiques et le droit romain*, in *Annales internat. d'histoire*, 1902, parte II, pag. 31, n. 1.

tivo d'effetti l'atto compiuto. Certo vi sono numerose categorie di leggi a cui la tripartizione è assolutamente inapplicabile, quali in genere tutte le cosiddette leggi formali che non hanno come contenuto una norma giuridica: ma nulla vieta di concepire una legge *imperfecta* o *minus quam perfecta* in materia di diritto pubblico; per esempio, una legge può vietare al magistrato determinati atti senza dichiarare la eventuale nullità, o magari limitandosi ad irrogare una multa se le si contravviene. Ma l'opinione dominante (1) che limita la tripartizione al campo del diritto privato, se teoricamente può sembrare unilaterale, ha in suo favore le fonti: effettivamente gli esempi sicuri di leggi *non perfectae* sono di diritto privato (2), e al diritto privato sembra riferirsi esclusivamente Ulpiano nella sua formulazione. Questa limitazione sembra avere una ragione sostanziale: la legge — o per meglio dire il plebiscito — è fonte scarsa e anormale di diritto privato, e rappresenta uno strappo, una deviazione delle norme civili consuetudinarie (3). Il rispetto per la tradizione di questo *ius quod consensu receptum est* come rendeva affatto eccezionale l'intervento della legislazione comiziale così sembra influisse anche nel misurarne la portata. Gravi ragioni d'interesse pubblico potevano indurre il senato a preparare, il magistrato a proporre, e il popolo ad approvare una legge che derogava ai principii fonda-

---

(1) KARLOWA, *loc. cit.*; PACCHIONI, *op. cit.*, 1, pag. 112, n. 2; SENN, *op. cit.*, pag. 2, n. 2.

(2) L'esempio tipico di *l. imperfecta* è la *l. Cincia de donis et muneribus*; di *l. minus quam perfecta* la *l. Furia testamentaria* (ULP., *loc. cit.*). Si inclina a ritenere *imperfecta* anche la *l. Publicia de cereis* 545|209 (?) che, quantunque annoverata tra le leggi suntuarie, è ispirata a concetti analoghi alla *l. Cincia* (SENN, pag. 53); fra le *minus quam perfectae*, dubitativamente si annovera la *l. Plaetoria de circumscriptione adolescentium* (cfr. FADDA, *Azione popolare*, pag. 27: secondo SENN, pag. 67, è *imperfecta*) e la *l. Voconia* nella parte che limita i legati (v. contro SENN, pag. 113). Come esempi di *leges perfectae* si soglion addurre la *l. Aelia Sentia* (GAI, 1, 36) e *Fufia Caninia* (GAI, 1, 46): si aggiunge la *l. Voconia* nella parte relativa all'eredità delle donne (SENN, pag. 109 e seg.) la *Falcidia*, la *Iulia de fundo dotali* e quella (*de maritandis ordinibus?*) che vieta le donazioni tra coningi. Cfr. anche *l.* (*data*) *col. Genetivae*, c. 82. Nell'impero alcune *leges non perfectae* furono rese *perfectae* con senatoconsulti (cfr. PAUL, 16, pr., D. 23, 2). Più disputata è l'assegnazione ai vari gruppi di alcune tra le travagliate *leges de sponsu*: si reputa dal SENN, pag. 117, *perfecta* la *l. Cornelia de sponsu*, ma il testo relativo (GAI, 3, 124) è lacunoso; *minusquamperfecta* la *l. Furia de sponsu* nella parte relativa alla divisione (SENN, pag. 72 e seg., v. però contro APPLETON, *Nouvelles oberrations sur la loi Furia de sponsu*, in *Melanges Gérardin*, pag. 6, n. 3). La tricotomia trova forse applicazione anche in qualcuna delle *leges fenebres*: sarebbe (GIRARD, *Manuale*, pag. 950, n. 5) *minusquamperfecta* la *l. Marcia de feneratoribus* (cfr. SENN, pag. 98); *imperfecta*, forse, la *l. Genucia de feneratione* (SENN, pag. 53). Fuori di questi gruppi non si citano se non le due *leges Calpurnia* e *Iunia de repetundis* (*imperfectae*, SENN, pag. 47 e seg.): esse formalmente sono leggi penali in quanto istituiscono un giudizio davanti a una *quaestio*: ma intrinsecamente (cfr. MOMMSEN, *Droit pénal*, 3, 256) si tratta di un procedimento di natura civile (*legis actio sacramento*). — Se norme con imperfetta sanzione si trovassero nelle XII tavole sarebbe oltremodo interessante conoscere, ma è affatto incerto (MITTEIS, *loc. cit.*, 1, pag. 247, n. 47). Sulla norma relativa alle usure vedi SENN, pag. 7 e seg.: ma nulla si può affermare con sufficiente sicurezza.

(3) Cfr., in senso analogo, LAMBERT (*L'histoire traditionnelle des XII tables etc.*, estratto da *Mélanges Appleton*, 1903, pag. 15) ma egli dà troppo rilievo al carattere sacro delle norme, che la giurisprudenza profana si limita per lungo tempo a girare e paralizzare indirettamente.

mentali ed inconcussi del sistema del diritto privato: per esempio alla libertà assoluta del *pater familias* di disporre del suo patrimonio: ma stabilita la massima nuova non si andava oltre. Al più si arrivava a comminare una sanzione penale contro chi avesse violato i limiti solennemente imposti dal plebiscito, ma a dichiarare nulli ed improduttivi di effetti atti che secondo l'*ius civile* tutti sentivano essere perfettamente validi, non si arrivava. La *lex Cincia* vuol limitare gli abusi delle eccessive donazioni: ma quando una donazione sia fatta nelle debite forme civili, anche se eccede la misura non è per questo meno valida: la *lex Furia* mira ad assicurare una sufficiente quota patrimoniale all'erede, limitando l'ammontare dei legati, ed ha già abbastanza forza per punire nella misura del quadruplo chi riceve un legato di somma superiore: ma dichiarare quel legato nullo sarebbe alla rigida coscienza giuridica del tempo parso impossibile, di fronte al solenne riconoscimento della incondizionata di legare « *pater familias uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto* ». — Ancora, l'*ius civile* non può considerare come nulli i negozi compiuti da chi ha raggiunto la pubertà, sebbene il suo sviluppo intellettuale non sia in grado di assicurarlo contro i raggiri: la *lex Plaetoria* istituisce un *iudicium publicum rei privatae* contro chi abusa dell'inesperienza giovanile, ma a dichiarare direttamente nella legge la nullità dell'atto non si è pensato: solo dopo che l'atto si è compiuto, si interviene a ripararne le conseguenze, e poi il pretore provvede al solito col rimedio negativo dell'*exceptio* (1). Non è quindi forse tanto il rispetto alla libertà individuale quanto — a mio avviso — il rispetto al diritto costituito fissato nelle norme tradizionali dell'*ius civile* che fece durare a lungo nell'età romana quelle categorie — strane per noi — di leggi a cui manca una sanzione praticamente adeguata. E veramente il sottentrare delle *leges perfectae*, mentre coincide da un lato col rafforzarsi dello Stato alla fine della repubblica e al principio dell'impero, coincide dall'altro sia coll'accostamento dianzi rilevato dell'*ius civile* e dell'*ius legitimum* sotto un unico concetto di fronte all'*ius honorarium*, sia col nuovo sviluppo della produzione legislativa che interviene nel campo del diritto privato, in misura più larga ed in forma più radicale.

---

(1) Sembra essere in un ordine di idee analogo ULPIANO, l. 3, *ad l. Iul. et P. P.* (l. 11, pr., D. 24, 2) « *quod ait lex: divortii faciendi potestas libertae quae nupta est patrono ne esto, non infectum videtur effecisse divortium quod iure civili dissolvere solet matrimonium, quare constare matrimonium dicere non possumus cum sit separatum* »: nonostante la disposizione esplicita della legge (*potestas ne esto*) ULPIANO non può considerare il divorzio come inesistente. Un concetto analogo pare applicarsi in tema di senatoconsulti: così (cfr. GIRARD, *Manuale*, p. 802) il S. C. Vellejano si limita (l. 2, § 1, D. *h. t.*) a incaricare il pretore di provvedere e non commina la nullità: il S. C. non crea forse ancora diritto civile.